DIE RECHTE UND PFLICHTEN DES HANDELSMÄKLERS.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

ALFRED MÜLLER
REFERENDAR IN HARTENSTEIN.

ACAD.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1910.

Meiner lieben Mutter
sowie dem Andenken meines verstorbenen
Vaters gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

§ 1. Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Mäklerrechts . 1
§ 2. Der Begriff des Handelsmäklers 7
§ 3. Der Mäklervertrag und seine juristische Natur 14

Zweites Kapitel.

Die Pflichten des Handelsmäklers.

§ 4. 1. Im allgemeinen 22
2. Im besonderen 23
A. Privatrechtliche Pflichten.
§ 5. a) Die Sorgfalts- und Treupflicht 23
§ 6. Fortsetzung: Die Aufbewahrung der Warenprobe 28
§ 7. b) Die Schlußnote 30
§ 8. Fortsetzung: Die Schlußnote an Aufgabe 35
B. Öffentlichrechtliche Pflichten.
§ 9. a) Die Pflichten als Kaufmann 44
§ 10. b) Das Tagebuch 44

Drittes Kapitel.

Die Rechte des Handelsmäklers.

§ 11. Der Mäklerlohn 48
§ 12. Fortsetzung: Die Höhe des Mäklerlohnes 55
§ 13. Fortsetzung: Die Zahlung des Mäklerlohnes 57
§ 14. Schluß: Einbuße des Mäklerlohnes bei Interessenkollision . . . 59
§ 15. Die Auslagen 61

Viertes Kapitel.

§ 16. Anhang: Der Krämermäkler 65

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0100

Literaturverzeichnis.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin u. Leipzig 1896.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bürck, Zur Lehre vom Handelsmäkler und Zivilmäkler. Diss. Heidelberg 1908.

Cohen, Das Recht der Handelsmäkler nach heutigem Recht. Diss. Leipzig 1904.

Corpus juris civilis ed. Krueger et Mommsen. Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902.

Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts. Leipzig 1882.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift. Berlin 1897.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18. 8. 1896. 7. Aufl. München 1906.

Freudenburg, Der Handelsmäkler. Diss. Jena 1906.

Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe. 3. Aufl. München 1905.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1901.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. 1877.

Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler. 2. Heft. Berlin 1900.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Verschiedenen, Organ des Deutschen Anwaltsvereins. Berlin.
Kohler-Ring, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 6.
Kuhn, Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. 6.
Laband, Die Lehre von den Mäklern. In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 20. Tübingen 1861.
Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1888.
Naumann, Das Recht des Handelsmäklers. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.
Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis. In Kohlers Archiv Bd. 6. 1892.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1900.
Pollaczek, Die rechtliche Natur des Mäklervertrags. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. Handelsgesetzbuchs, herausgegeben v. Lutz 1858.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.
Riesenfeld, Die Entwicklung des Mäklerwesens in Deutschland. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 36. Berlin 1892.
Riesenfeld, Der Zivilmäkler. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 37. Berlin 1893.
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Bd. 2. Breslau 1890.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1906.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. München 1908.
Thöl, Das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1875.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts.

Erstes Kapitel.

Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Mäklerrechts.

§ 1.

Sobald sich das Verkehrsleben entwickelte und die ihm von der geschlossenen Hauswirtschaft gesetzten Schranken durchbrach, machte sich bald ein Bedürfnis nach Personen fühlbar, deren Aufgabe es war, vermittelnd zwischen Verkäufer und Käufer einzugreifen und den Abschluß von Verträgen zwischen beiden Kontrahenten vorzubereiten.

Das Institut solcher Vermittler war schon dem römischen Recht bekannt. L. 3 Dig. de proxenetico 50, 14 sagt:

> „De proxenetico, quod et sordidum, solent praesides cognoscere, sic tamen, ut et in his modus esse debeat, et quantitatis et negotii, in quo operula ista defuncti sunt et ministerium quale quale accomodaverunt".

Besondere Rechtssätze für das Mäklergewerbe hat das römische Recht jedoch nicht herausgebildet. Nur für die Heiratsvermittler, die in der Kaiserzeit ihre Auftraggeber in schmählichster Weise betrogen und ausbeuteten, existierten einzelne Bestimmungen. Abgesehen von einigen wenigen partikularrechtlichen Vorschriften, fehlte es bis in die neueste Zeit an einer eingehenderen Regelung des Mäklergewerbes.

Die mittelalterliche Entwicklung ging zunächst darauf hin, die Befugnis zum Vermitteln von einer Anstellung abhängig zu machen.

Es wurde jetzt nur noch eine beschränkte Zahl von Personen, deren Ruf tadellos sein mußte und die allgemeines Ver-

trauen genießen mußten, zur Mäklertätigkeit zugelassen.[1]) Ihre Ernennung und amtliche Bestellung erfolgte durch die Kaufmannschaft, die ihnen innerhalb ihres Wirkungskreises publica fides beilegte.

Von Einfluß dürfte für die Entwicklung der amtlichen Stellung des Mäklers auch der Zustand des damaligen Beweisverfahrens gewesen sein, der zur Folge hatte, daß die Verträge vor Gericht oder vor einer mit publica fides ausgestatteten Person abgeschlossen zu werden pflegten.[2])

Um die eigenartige amtliche Stellung der Handelsmäkler in früherer Zeit zu erklären, hat Laband[3]) eine geistreiche Hypothese aufgestellt. Er suchte den Nachweis zu führen, daß die Mäkler in den romanischen Ländern wie in Deutschland ursprünglich nur Urkundspersonen, nämlich mit öffentlichem Glauben versehene Schreiber und Solennitätszeugen gewesen seien, denen nur die Beurkundung der abgeschlossenen Verträge oblag. Sie hatten sich allmählich, anfangs wohl nur per abusum, mit der Vorbereitung und Vermittlung von Handelsgeschäften befaßt und schließlich dafür ein Monopol erlangt. Laband bezog sich zum Beweise dafür auf bisher wenig beachtete Quellenstellen und stützte sich auf die Tatsache, daß die amtlich angestellten Mäkler im Mittelalter regelmäßig als „sensalis oder Sensal“[4]) bezeichnet werden. Er leitete dieses der lateinischen Sprache des Altertums fremde Wort von „censualis“ her und wies darauf hin, daß censualis in der späteren römischen Rechtssprache auch Schreiber, Urkundsperson und Urkundenbewahrer geheißen habe.

Diese Auffassung ist mit Recht bekämpft worden. Unter anderen sind ihr Goldschmidt[5]) und Behrend[6]) entgegengetreten. Ersterer findet den Ursprung der Sensale nicht auf deutschem Gebiet, sondern weist unzweifelhaft nach, daß der

---

[1]) Zuerst nachweisbar im Statutarrecht von Pisa 1286, wonach 100 Mäkler zugelassen wurden.

[2]) Grünhut in Endemanns Handb. d. HR. Bd. 3 S. 134.

[3]) In der Zeitschr. f. deutsches R. u. deutsche Rechtsw. Bd. 20 S. 1 ff.

[4]) Wie der Mäkler auch im a. HGB. noch hieß.

[5]) Goldschmidt in seiner Zeitschr. Bd. 28 S. 122 ff.

[6]) Behrend, Lehrb. d. HR. S. 396.

Ausdruck „Sensal“ von dem altarabischen „simsâr“ (= Vermittler) und dem persischen „simpsâr“ abstammt, also orientalischen Ursprungs ist und sich im orientalisch-italienischen Verkehr eingebürgert hat. Letzterer führt ihre Entstehung auf die Einwirkung der Zunftverfassung zurück, was ihre Amtsstellung jedoch nur mangelhaft erklärt.

Laband selbst hält an seiner Ansicht nicht mehr fest[7]) und es erscheint auch uns bedenklich, den Ursprung des amtlichen Mäklers einzig auf seine Urkundsfunktion zurückzuführen, und zwar unter Würdigung folgender Gesichtspunkte:

Es mußte dem Kaufmannsstand zunächst darauf ankommen, unehrliche Personen von der Mäkelei auszuschließen. Die Schöpfung von amtlichen Urkundspersonen allein würde nun zwar einen Fortschritt insofern dargestellt haben, als dadurch Beweismittel für den Abschluß des Geschäfts gesichert würden, aber da die Urkundspersonen nicht zugleich als Vermittler gedacht waren, würde die Kaufmannschaft hinsichtlich der Vermittlung, d. h. des wesentlichsten Teiles der Mäklertätigkeit, immer noch auf dem alten, verbesserungsbedürftigen Zustand stehengeblieben sein. Der Kaufmann war dadurch, daß ihm durch die Urkunde über den Abschluß des Geschäfts ein sicheres Beweismittel in die Hand gegeben war, um nichts besser gestellt, wenn er sich bezüglich der Vermittlung demselben Mäkler wie bisher anvertrauen mußte. Denn damit war die Möglichkeit, daß er in unlautere Hände fiel, nicht ausgeschlossen.

Es ist vielmehr anzunehmen, daß aus den Urkundspersonen nicht erst per abusum die vereideten Mäkler hervorgegangen sind, sondern daß die Kaufmannschaft an das bereits vorhandene Institut der Mäkler anknüpfte und sich dieses nach Bedarf gestaltete. Den Anfang machte sie damit, daß sie im Wege der Autonomie vertrauenswürdige Personen ernannte, die, mit öffentlichem Glauben ausgestattet und unter ihre ständige Aufsicht gestellt, gewerbsmäßig Geschäfte vermittelten und den Abschluß derselben durch Urkunde bezeugten.

Es schlossen sich nun die Rechtssätze über die Ausschließlichkeit und den Eigenhandel an. Auf diesem Wege bildete

[7]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 252 Anm. 60.

sich die bevorrechtete Stellung der Mäkler allmählich zu einem Amte aus, das ihnen einerseits unter Androhung von Strafe verschiedene öffentlichrechtliche Pflichten auferlegte, andererseits weitgehende Rechte und Privilegien gewährte. Daher wurden sie später nicht lediglich von kaufmännischen Korporationen, sondern auch vom Magistrate und schließlich von den Mäklerinnungen, wo solche bestanden, angestellt, und die Landesregierung hatte in beiden Fällen die Anstellung zu bestätigen. Privatmäkelei wurde schließlich geradezu verboten.[8]) [9])

Während das gemeine Recht sich dieser Entwicklung des Mäklerrechts gegenüber ablehnend verhielt und ihm daher der Mäkler als Amtsperson fremd blieb, wurde das Institut der amtlichen Mäkler von fast allen Partikularrechten mit großer Übereinstimmung geregelt. Auf diese Weise entstanden allmählich sogen. Mäklertarife und später Mäklerordnungen.[10])

Der älteste Courtagetarif ist wohl der Genuesische von 1204. Dann folgte Venedig 1217, Barcelona 1251 usf.

Durch diese Tarife war die Mäklergebühr absolut fixiert und häufig von jeder Partei zur Hälfte zu zahlen.

Die ältesten Mäklerordnungen sind die von Venedig 1217, Barcelona 1271, Lucca 1275 und Pisa 1286, letztere bei weitem die beste unter den genannten, denn in ihr findet sich bereits eine ausgezeichnete Regelung des Mäklerwesens.

Wo es keine Mäklerordnungen gab, galt ergänzend das römische Recht. Daher existierten in Deutschland noch bis zum Inkrafttreten des alten Handelsgesetzbuchs zwei Gattungen von Mäklern, nämlich vereidete und nicht vereidete, oder öffentliche und private.

So weit hatte die kaufmännische Praxis und die Rechtsprechung das Institut der Mäkler ausgebildet, als 1861 das allgem. deutsche Handelsgesesetzbuch kam, daß im 7. Titel des 1. Buches die Mäkler oder Sensale behandelt.

---

[8]) ALR. II, 8 § 1311.

[9]) Diejenigen, die diesen unerlaubten Gewerbebetrieb ausübten, hießen Pfuschmäkler, Winkelmäkler, Bönhasen oder Beiläufer.

[10]) In neuerer Zeit z. B. die Mäklerordnungen von Preußen von 1765, Hamburg 1824, Colberg 1692, Braunschweig 1715, Leipzig 1818 u. a.

Das Institut der amtlichen Handelsmäkler ist in das alte Handelsgesetzbuch aufgenommen worden. Handelsmäkler im Sinne des Gesetzes sind hier „amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte“ (Art. 66). Daneben gibt es nicht amtlich bestellte Vermittler, und die Parteien, die ein Geschäft abzuschließen wünschen, können sich auch an sie wenden, selbst bei der Vermittlung von Handelsgeschäften; es finden jedoch auf diese Vermittler die Vorschriften vom Handelsmäkler (Art. 66—84) keine Anwendung. Es entgehen daher in diesem Falle den Parteien gewisse Vorteile, z. B. bezüglich des Beweises. In einzelnen Staaten[11]) war sogar den amtlich angestellten Mäklern ein Exklusivrecht für die Vermittlung von Handelsgeschäften beigelegt, wie dies nach Art. 84 Abs. 3 a. HGB. der Landesgesetzgebung offengelassen war.

Die amtlichen Mäkler oder Sensale des alten Handelsgesetzbuchs sind nach Art. 292 Abs. 4 keine Kaufleute im Gegensatz zu den Privathandelsmäklern. Ihre Anstellung erfolgte nach Maßgabe der Landesgesetze, die in der Regel gewissen kaufmännischen Korporationen, z. B. den Handelskammern, Vorschlagsrechte einräumten. In Art. 66 Abs. 2 war nur die Vereidigung vorgeschrieben, die vor dem Amtsantritte zu erfolgen hatte. Außer den Bestimmungen über die Anstellung war den Landesgesetzen auch der Erlaß von Vorschriften über die Bestrafung der vom Handelsmäkler im Berufe begangenen Pflichtverletzungen[12]) und die Erweiterung und Einschränkung der dem Handelsmäkler zugewiesenen Amtsrechte und Amtspflichten überlassen.[13])

Mit dieser Regelung des Instituts der Handelsmäkler war man jedoch, besonders in der Kaufmannschaft, nicht recht einverstanden. Vor allem stand das nach Art. 84 zulässige Exklusivrecht der Handelsmäkler nicht im Einklang mit der sich immer mächtiger entwickelnden Auffassung von der Gewerbefreiheit. Der Einführung der Reichsgewerbeordnung v. 21. 6. 1869, die grundsätzlich das Prinzip der Gewerbefreiheit vertritt, wurde

---

[11]) z. B. in Hessen, Bayern, Holstein, Mecklenburg.

[12]) Art. 84 Abs. 1 a. HGB.

[13]) Art. 82 Abs. 1 u. 3, 83, 84 Abs. 2 u. 3 a. HGB.

daher dieses Vorrecht der Handelsmäkler, nachdem es in Frankreich schon 1866 beseitigt worden war, auch in Deutschland aufgehoben.

Die erste Anregung dazu wurde schon auf dem 7. Deutschen Juristentage im Jahre 1868 gegeben.

Das Bestreben des größten Teils der Handelswelt ging dahin, das Institut der amtlichen Mäkler überhaupt abzuschaffen. Es erließen deshalb einige Staaten keine Bestimmungen über die Anstellung der Handelsmäkler mehr, wie Baden, andere schafften sie nachträglich wieder ab, wie Hamburg und Bremen.

Auf dem Wege dieser Reform tat das Börsengesetz vom 22. 6. 1896 mit Gesetzeskraft v. 1. 1. 1897 einen wesentlichen Schritt weiter. Durch dieses Gesetz ist in § 34 Abs. 1 in Übereinstimmung mit den Vorschlägen der Börsenenquete-Kommission das Institut der amtlichen Handelsmäkler für das Gebiet des Börsenhandels beseitigt worden. An ihre Stelle traten die Kursmäkler.[14])

Diese müssen aber aus der Reihe der nun nicht mehr amtlichen Handelsmäkler hervorgehen, sie müssen, wie § 30 BörsG. sagt, solange sie die Tätigkeit als Kursmäkler ausüben, die Vermittlung von Börsengeschäften in den betreffenden Waren oder Wertpapieren betreiben.

Den Schlußstein in dieser Entwicklung stellt die Publikation des neuen Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897 dar, wodurch die Rechtsverhältnisse der Handelsmäkler endlich eine umfassendere Regelung gefunden haben. Das Institut der amtlichen Handelsmäkler ist hier vollständig beseitigt. Das neue Handelsgesetzbuch kennt nur noch die schon bisher als Privathandelsmäkler bezeichneten Personen, auf die schon vorher die Praxis die für die amtlichen Handelsmäkler geltenden Vorschriften analog angewendet hatte, soweit dieselben nicht mit der amtlichen Stellung der letzteren zusammenhingen.[15]) Die Beseitigung des Instituts der amtlichen Handelsmäkler hindert nicht die öffent-

---

[14]) Cosack, Lehrb. d. HR. S. 369ff.

[15]) Denkschr. Bd. 2 S. 15; Behrend, Lehrb. d. HR. Bd. 1 S. 148; RGR. S. 422.

liche Bestellung eines Privathandelsmäklers zur Vornahme von gewissen Funktionen, die außerhalb der Vermittlung von Handelsgeschäften liegen, sei es reichsrechtlich oder landesrechtlich. Sowohl das Bürgerliche Gesetzbuch[16]) als auch das Handelsgesetzbuch[17]) bestimmen, daß gewisse Käufe und Verkäufe nur von „einem zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Mäkler“ bewirkt werden können. Durch diese öffentlichrechtlichen Tätigkeiten ändert sich nicht die Rechtsstellung der Handelsmäkler, ihre vermittelnde Tätigkeit behält ihren privaten Charakter, sie bleiben daher trotz ihrer öffentlichrechtlichen Tätigkeit Privathandelsmäkler, sind insbesondere Kaufleute und haben alle Verpflichtungen derselben, auch die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern und zur Eintragung ins Firmenregister.[20])

Die vorliegende Abhandlung hat lediglich die Rechte und Pflichten der Handelsmäkler zum Gegenstande. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Zivilmäkler werden deshalb nur dann und so weit herangezogen, als es zum Verständnis des ersteren nötig ist und soweit die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Handelsmäkler Lücken lassen, sofern nicht etwa die Verschiedenheit der rechtlichen Konstruktion der beiden Arten von Mäklertätigkeit solche Ergänzungsanwendung ausschließt.

Der Begriff des Handelsmäklers.

§ 2.

Wer ist Handelsmäkler? Im § 93 Abs. 1 HGB. wird bestimmt:

> „Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen,

---

[16]) §§ 385, 1221, 1235, 1295 BGB.
[17]) §§ 368, 371, 373, 379, 389, 391 HGB.
[18]) OLGR. Bd. 8 S. 245 ff.

Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und die Pflichten eines Handelsmäklers".

Mit diesen Worten gibt uns das Gesetz den Begriff und die charakteristischen Merkmale des Handelsmäklers, die ihn scharf abgrenzen einerseits gegen den Zivilmäkler und andererseits gegen den Handlungsagenten. Vom Zivilmäkler unterscheidet ihn das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit und die Art und der Gegenstand seiner Tätigkeit, vom Handlungsagenten vor allem die Tatsache, daß er für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, tätig wird.

Der Handelsmäkler ist nicht ständig mit der Vermittlung von einer Partei betraut, d. h. er ist nicht von einer Partei vertragsmäßig zur ständigen Vermittlung von Geschäften für sie betraut.[1])

Düringer-Hachenburg weisen darauf hin, daß sich der Unterschied auch in der Bezeichnung Handelsmäkler und Handlungsagent ausdrücke, weil letzterer bei seiner Tätigkeit notwendig mit dem Interesse einer Handlung, eines Geschäfts verknüpft sei.

Die Übernahme von Vermittlungen muß gewerbsmäßig erfolgen. Was ein Gewerbe ist, sagt das neue Handelsgesetzbuch nicht. Infolgedessen gehen die Ansichten über die Erfordernisse eines Gewerbes in der Wissenschaft und Praxis noch verschiedentlich auseinander. Bei der Beratung des alten Handelsgesetzbuches erachtete man eine Feststellung des Begriffes „gewerbsmäßig" für nicht erforderlich. Die Aufstellung einer zutreffenden allgemeinen Begriffsbestimmung sei untunlich, auch der Ausdruck populär genug, um einer richtigen Anwendung in einzelnen Fällen versichert sein zu können.[2]) Wir haben uns daher zunächst mit dem Begriff des gewerbsmäßigen Betriebes und seiner Bedeutung als Erfordernis für den Handelsmäkler zu befassen.

---

[1]) OLGR. Bd. 2 S. 383; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 532.
[2]) Prot. S. 1306.

Unter Gewerbe ist die in einer bestimmten Richtung anhaltend fortgesetzte Tätigkeit zu verstehen, deren Zweck Erwerb ist.[3]) Das Gewerbe setzt sich zusammen aus einer Kette von Einzelgeschäften, welche alle den einen Zweck verfolgen, dem Unternehmer eine ständige Einkommenquelle zu erschließen. Dieser gemeinsame Zweck, „der einheitliche Gewerbewille", wie Goldschmidt sagt, ist das Band, das die einzelnen Geschäfte zusammenhaltend umschließt.

Auch Staub[4]) sieht das Kriterium des Gewerbes darin, daß die Absicht nicht auf einzelne Geschäfte, sondern einheitlich auf einen ganzen Komplex von Geschäften in fortgesetzt gleichartiger Tätigkeit gerichtet ist, und daß diese Tätigkeit von der Absicht geleitet wird, aus ihr dauernden Gewinn zu ziehen.[5])

v. Hahn[6]) dagegen findet das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit schon darin, daß der Wille einer Person von vornherein auf den Abschluß von ganzen Reihen von Handelsgeschäften, die eine zusammengehörige Masse bilden, gerichtet sei. Nach ihm ist also Gewinnabsicht zum Begriff des Gewerbes nicht erforderlich. Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[7]) läßt es dahingestellt, ob die auf Erlangung eines unmittelbaren pekuniären Gewinns gerichtete Absicht ein wesentliches Merkmal sei, ob nicht vielmehr die Absicht, die betreffenden Geschäfte gegen Entgelt auszuführen, ausreiche. Eine spätere Entscheidung desselben Gerichts[8]) sagt dagegen, daß ein Betrieb gewerbsmäßig nur als dauernde Einnahmequelle sein könne.

Mit Ausnahme der v. Hahnschen Theorie wird zu wenig Wert darauf gelegt, daß das Gewerbe im Gegensatz zu der ge-

---

[3]) Beseler, PrivR. Bd. 1 § 208; Goldschmidt, HR. § 43 S. 454; Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. § 2 Abs. 2.

[4]) Staub, Komm. z. HGB. Bd. 1 S. 29 ff.

[5]) RG. Bd. 38 S. 20, Bd. 99 S. 282.

[6]) v. Hahn Bd. 1 S. 23 (§ 8) u. Bd. 2 S. 17 ff.

[7]) ROHG. Bd. 3 Nr. 84 S. 407; vgl. auch RG. Bd. 38 S. 20, Bd. 33 S. 109 ff.

[8]) ROHG. Bd. 14 Nr. 41 S. 117 f.

legentlichen Ausübung stehen muß, die auch in Gewinnabsicht erfolgen kann. Man wird deshalb schon sagen müssen: Ein Betrieb ist dann gewerbsmäßig, wenn er dauernd und selbständig ausgeübt wird, mit der Bestimmung, als dauernde Erwerbsquelle zu dienen.

Es ist weiter erforderlich, daß neben der Gewinnabsicht der auf dauernden Erwerb gerichtete Wille als solcher nach außen hervortritt, sonst wäre die Tatsache der Erwerbsmäßigkeit großen Zweifeln ausgesetzt. Dies ist allerdings nicht unbestritten.[9])

Es erhellt, daß die sogen. Gefälligkeits- und Gelegenheitsvermittler nicht unter die Handelsmäkler zu rechnen sind. Gefälligkeitsvermittler sind Personen, die ohne jede Vergütung, lediglich aus Gefälligkeit ein Geschäft vermitteln, Gewinnabsicht ist ihnen völlig fremd. Gelegenheitsvermittler sind alle die, welche gelegentlich Geschäfte vermitteln, ohne sich dauernd damit zu beschäftigen, selbst wenn sie es in Gewinnabsicht tun.[10]) Die Tätigkeit dieser Mäkler wird im Regelfalle nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen sein. Das Handelsrecht wird nur dann zur Anwendung kommen, wenn solche Vermittlungsgeschäfte von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden.[11])

Nach der Begriffsbestimmung soll die Tätigkeit des Handelsmäklers in der Vermittlung von Verträgen bestehen. Wie bereits erwähnt, liegt hierin ein weiterer wesentlicher Unterschied vom Zivilmäkler, dessen Tätigkeit nicht notwendig in der Vermittlung von Verträgen zu bestehen braucht, sondern sich lediglich auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages beschränken kann. Die Denkschrift[12]) sagt hierüber:

„Wenngleich sich der Mäklervertrag des bürgerlichen Rechts nach § 652 BGB. auch auf den bloßen Nachweis

---

[9]) z. B. Staub, Komm. Bd. 1 S. 37; ebenso Bolze Bd. 18 Nr. 253; anders ROHG. Bd. 22 S. 303, Bd. 17 S. 158; Cosack S. 25 § 7; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 104; Lehmann, Lehrb. S. 643.

[10]) Goldmann S. 433.

[11]) § 343 Abs. 2 HGB.

[12]) Denkschr. Bd. 2 S. 75.

der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages beziehen kann, so entspricht das nicht der im Handelsverkehr bestehenden Auffassung.

Der Handelsmäkler hat nach dieser nicht nur die Geschäftsgelegenheit nachzuweisen, sondern auch den Abschluß selbst herbeizuführen, wie sich schon aus seiner Verpflichtung zur Mitteilung von Schlußnoten ergibt".

Verfehlt wäre es jedoch und nicht im Sinne des Handelsgesetzbuches gehandelt, wenn man diesen Gegensatz zwischen dem Maße der Tätigkeit des Zivil- und des Handelsmäklers zu des letzteren Ungunsten auf die Spitze treiben wollte. Klar ist es, daß grundsätzlich der Handelsmäkler dem Zivilmäkler gegenüber ein Mehr leisten soll. Es genügt nicht, daß er nur nachweist, er soll vielmehr auch vermitteln und den Abschluß selbst mit herbeiführen. Dabei ist aber zu beachten, daß auch das Nachweisen an sich schon ein Vermitteln ist. Je nach Lage des Falles ist es deshalb zu beurteilen, welches Maß von Tätigkeit dem Handelsmäkler obliegt. Sind z. B. zwei Parteien zum Abschluß eines Geschäfts schon fest entschlossen, so wird das Überbringen der gegenseitigen Erklärungen durch den Handelsmäkler schon als ausreichend für seine Vermittlungstätigkeit anzusehen sein. Der Handelsmäkler ist hier gleichsam nur Bote, obwohl seine Stellung wiederum eine höhere ist, denn er übt eine selbständige, auf die Herbeiführung der Willenseinigung abzielende Tätigkeit aus.[13]) In andern Fällen wieder genügt nicht das bloße Zusammenführen der Parteien; der eine oder andere Kontrahent muß vielmehr erst zum Geschäftsabschlusse geneigt gemacht werden.

Der vom Gesetzgeber gemachte Unterschied zwischen Nachweisen und Vermitteln wird in Wirklichkeit, wie Staub[14]) mit Recht ausführt, in der Praxis völlig verwischt.

Die Tätigkeit, die sich in der Hauptsache an der Börse entfaltet, spielt sich wohl regelmäßig so ab, daß er zwei Par-

---

[13]) Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 269.

[14]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 398 Anm. 3.

teien zum Zwecke eines Geschäftsabschlusses zusammenführt und sie dann sich selbst überläßt. Für den Fall, daß das Geschäft zustande gekommen ist, beurkundet er den Abschluß durch Ausstellung der Schlußnote.

Der Handelsmäkler muß somit immerhin eine Tätigkeit entwickeln, die auf den Abschluß eines Geschäfts gerichtet ist. Ist seine Tätigkeit für den Geschäftsabschluß kausal, so hat er seine Pflicht erfüllt. Er hat nicht etwa selbst abzuschließen, „er handelt nicht als Vertreter der Parteien, sondern nur als Zwischenträger, welcher nur faktische Dienste leistet".[15])

Über Gegenstände des Handelsverkehrs müssen die Verträge lauten, die der Handelsmäkler vermittelt. Was unter diesen „Gegenständen des Handelsverkehrs" zu verstehen ist, wird im Handelsgesetzbuch nicht gesagt. Es ist dies eine wirtschaftliche, keine rechtliche Frage. Diese allgemeine Fassung läßt aber erkennen, daß es Wille des Gesetzgebers war, sich möglichst weit zu fassen. Daher sollen die im Abs. 1 angeführten Verträge nur Beispiele sein, durch deren Aufzählung die Anzahl der den Gegenstand der Vermittlung bildenden Geschäfte in keiner Weise erschöpft wird. Die Denkschrift[16]) z. B. führt aus, daß zu den Verträgen über die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren auch die Verträge über den Erwerb oder die Veräußerung von Edelmetallen, Geldsorten und Wechseln, nicht minder auch der Kauf und Verkauf von Schiffen gehören.

Auch die meisten der Kommentare vermeiden eine strikte Auslegung des § 93 HGB. Staub[17]) nennt die Geschäfte des Bankiergewerbes, z. B. Vermittlung von Wechseldiskontgeschäften und die Patente, als hierher gehörig. Nicht gehört hierher die Tätigkeit bei der Gründung von Gesellschaften oder überhaupt die Vermittlung kaufmännischer Gesellschaftsverträge,[18]) denn es handelt sich hier nicht um Gegenstände des Handelsverkehrs. Ferner schließt § 93 Abs. 2 die Vermittlung von Geschäften über

[15]) ROHG. Bd. 4 S. 412ff.
[16]) Denkschr. Bd. 2 S. 81ff.
[17]) Staub, Komm. § 93 Anm. 4 S. 398.
[18]) OLGR. Bd. 2 S. 251; weitergehend Lehmann-Ring § 1 Nr. 67.

unbewegliche Sachen, z. B. auch Hypothekengeschäfte, aus dem Kreise der Handelsmäklergeschäfte aus.

Düringer-Hachenburg[19]) und Gareis haben versucht, die Bezeichnung „Gegenstände des Handelsverkehrs" begrifflich zu umschreiben. Erstere legen die Worte dahin aus, daß „Verträge vorausgesetzt sind, die den Inhalt eines Handelsgewerbes bilden können, ohne daß dies im einzelnen Falle vorausgesetzt ist".

Diese Auslegung ist nicht ganz zutreffend. Die gewerbsmäßige Vermittlung von Verträgen über unbewegliche Sachen ist z. B. unter der Voraussetzung des § 2 HGB., d. h. wenn sie nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma des Unternehmers eingetragen ist, ein Handelsgewerbe. Trotzdem wird der Mäkler, der gewerbsmäßig solche Verträge vermittelt, nicht Handelsmäkler.

Gareis[20]) erklärt in der Deutschen Juristenzeitung den Begriff folgendermaßen:

„Gegenstand des Handelsverkehrs ist nur, was der Handel umsetzt, vertreibt, vom Produzenten zum Konsumenten transportiert, und dies ist nur:

a) die Ware (bewegliche Sachen oder Wertpapiere),
b) das Geld,
c) der Kredit und die rein kaufmännische Arbeit".

Auch diese Definition will uns nicht korrekt erscheinen, da hier „die rein kaufmännische Arbeit" zu den Gegenständen des Handelsverkehrs zählt. Es kann nur die Vermittlung von Anstellungsverträgen kaufmännischen Personals gemeint sein. Der Auffassung des Verkehrs würde es aber widersprechen, wollte man etwa kaufmännische Angestellte als „Gegenstände des Handelsverkehrs" bezeichnen. Die Verkehrsauffassung soll im Zweifel gerade entscheiden, was Gegenstand des Handelsverkehrs ist.

---

[19]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 533 Anm. 7.

[20]) In der DJZ. 2. Jahrg. S. 390. So auch in der 7. Aufl. seines Lehrb. S. 423.

Wir haben es also an dieser Stelle mit einem selbständigen Begriff von Handelsgeschäften zu tun. Der Kreis der Geschäfte, deren Vermittlung zum Handelsmäkler macht, deckt sich nicht mit dem Kreise der gesetzlichen Handelsgeschäfte im Sinne des § 343 HGB.[21])

Wer diese vorstehend genannten Erfordernisse erfüllt, ist Handelsmäkler und gleichzeitig Kaufmann. Das Gewerbe des Handelsmäklers gehört zu den Grundhandelsgewerben des § 1 HGB.[22]) Geht der Gewerbebetrieb des Handelsmäklers nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so ist er Minderkaufmann nach § 4 HGB. und als solcher von den öffentlichrechtlichen Verpflichtungen des Vollkaufmanns befreit. Er braucht dann keine Handlungsbücher zu haben, wohl aber muß er ein Tagebuch führen. Letzteres gilt nicht als Handelsbuch. Von der Führung dieses Buches ist der Handelsmäkler nur unter den Voraussetzungen des § 104 HGB. befreit.

Der Handelsmäkler unterscheidet sich also vom Zivilmäkler in zwei wesentlichen Punkten:

1. Durch das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit,
2. die Geschäfte, die er vermittelt, müssen Gegenstände des Handelsverkehrs sein.

Mit der Kaufmannseigenschaft des einzelnen Mäklers hat dies jedoch nichts zu tun. Während, wie erwähnt, der Handelsmäkler nach § 1 HGB. eo ipso Kaufmann ist, kann sich der Mäkler des bürgerlichen Rechts unter Umständen nach § 2 HGB. als Kaufmann ins Handelsregister eintragen lassen, sofern er sein Handelsgewerbe in kaufmännischer Form betreibt.

Der Mäklervertrag und seine juristische Natur.

§ 3.

Die Frage nach der juristischen Natur des Mäklervertrages gehört von jeher zu den bestrittensten. Das römische Recht

[21]) Jacusiel, Recht der Agenten und Mäkler Heft 2 S. 7; Gareis, DJZ. 2. Jahrg. S. 390.

[22]) Genauer § 1 Abs. 2 Ziff. 7 HGB.

rechnete diese Vermittlertätigkeit des Mäklers zu den operae liberales. Es wurde also keine kontraktmäßige Verbindlichkeit begründet. Früher wurde mehrfach die Ansicht vertreten, der Mäklervertrag falle unter die locatio conductio, und in neuerer Zeit sehen Düringer-Hachenburg[1]) in dem Mäklervertrag eine „Spezialart des Dienst- und Werkvertrags"; je nach der Verschiedenheit der Fälle würden die Vorschriften über Dienst- oder Werkvertrag anwendbar sein.

Diese Ansicht erscheint uns bedenklich. Auch spricht § 611 BGB. dagegen:

> „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet".

Gegenstand des Dienstes wäre also die versprochene Arbeit. Es wird aber beim Mäklervertrage der Lohn nicht schlechthin für die geleisteten Dienste, sondern nur für die Vermittlung gewährt, also nur für den Fall, daß der vermittelte Vertrag zustande gekommen ist, mit anderen Worten für den Fall der Leistung eines Arbeitsproduktes. Man könnte den Mäklervertrag aus diesem Grunde als dem Werkvertrag nahestehend zu bezeichnen versuchen. § 631 BGB. sagt jedoch:

> „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet".

Demgemäß ist beim Werkvertrag das Arbeitsprodukt Gegenstand einer Verpflichtung, während doch beim Mäklervertrage überhaupt keine Verpflichtung, ein Arbeitsprodukt hervorzubringen, erzeugt wird.[2]) Nach § 652 BGB. gehört es nicht zum Wesen des Mäklervertrages, daß der Mäkler sich verpflichtet, für die Vermittlung des Vertrages tätig zu sein oder gar für

---

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 526ff.; vgl. auch Behrend, Lehrb. d. HR. Bd. 1 S. 411.

[2]) Goldmann-Lilienthal, Das BGB. Bd. 1 S. 680ff.; Ennecceru s-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 1, 2 S. 692 (Leistung steht nur in condicione, nicht in obligatione).

das Zustandekommen des Vertrages einzustehen. Ein Rechtszwang gegen den Mäkler nach dieser Richtung wäre ganz undenkbar, da es nach § 253 ZPO. zur Substantiierung des petitum der Bestimmtheit der vorzunehmenden Tätigkeit bedarf. Die vom Mäkler versprochene Tätigkeit ist aber etwas Unbestimmtes und Unbestimmbares.

Man darf sich auch dadurch, daß der Mäkler auf Grund eines „Auftrages" tätig zu werden pflegt, nicht verleiten lassen, den Mäklervertrag zum mandatum zu rechnen. Vom Auftrage trennt den Mäklervertrag seine Entgeltlichkeit; es gilt der Satz: mandatum nisi gratuitum nullum est.[3]) Der Mäkler kann anerkanntermaßen eine Vergütung beanspruchen. Dieser Unterschied ist aber nur äußerlich. Das Interesse des Mäklers ist innerlich nicht auf die Übernahme eines fremden Geschäfts gerichtet, sondern er betreibt im Hinblick auf seinen Lohn die Vermittlung als eigenes Geschäft.[4]) [5])

Wenn jedoch ein gewerbsmäßiger Mäkler, was in der Praxis gewiß nicht selten vorkommt, ohne einen Auftrag erhalten zu haben, ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Parteien vermittelt, welches später tatsächlich zustande kommt, so wird man diesen Fall, falls er nicht nachträglich genehmigt wird, allerdings wohl am ehesten als Geschäftsführung ohne Auftrag auffassen müssen.

Es ist auch der Versuch gemacht worden, den Mäklervertrag den aleatorischen Verträgen an die Seite zu stellen. Dieser Versuch will uns insofern nicht tauglich erscheinen, als behauptet wird, der Anspruch des Handelsmäklers auf Lohn und Auslagen hänge von dem glücklichen Erfolge seiner Dienste ab, er riskiere Zeit und Mühe.[6]) Das unterscheidende Merkmal der aleatorischen Verträge liegt doch darin, daß der Zufall entscheiden soll, welche von beiden Parteien aus dem Vertrage Vorteil oder Nachteil haben soll. Und beim Mäklervertrage ist die Unsicherheit des Ausfalls nur auf seiten des einen, nämlich des Mäklers, gegeben.

---

[3]) D. 17, 1 l. 1 § 4.

[4]) Riesenfeld Bd. 37 S. 32 ff.

[5]) s. Laband S. 7 ff.

[6]) s. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des RG. Bd. 2 S. 77.

Daß der Mäkler nicht als Bote oder als Stellvertreter zu betrachten ist, wurde bereits an anderer Stelle gesagt.[7])

Eine große Anzahl von Schriftstellern bezeichnet den Mäklervertrag, nach gemeinem Rechte beurteilt, als Innominatkontrakt.[8]) Dazu äußert sich Crome[9]): Diese Kassifizierung war gewiß die bequemste; ein sonstiger Vorzug läßt sich ihr nicht nachrühmen, Warum soll überhaupt der Mäklervertrag durchaus unter eine römische Vertragskategorie gebracht werden?

Die deutsche Partikulargesetzgebung hat den Streit über die rechtliche Natur des Mäklervertrages ebenfalls nicht schlichten können. Das preuß. Landrecht rechnet in § 11 den Mäklervertrag zu den „Verträgen über Handlungen", obwohl er sich nicht vollkommen mit den Vorschriften über jene Verträge deckt.

Auch im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis fehlt es an einer einheitlichen Theorie. In Inst. IV cap. 9 § 16 steht, daß derjenige, der „sich nur unterhandlungsweise gebrauchen läßt, z. B. ein Däntler oder Vermittler, kein Anwalt ist", sondern wenn er sich hierin bezahlen läßt, ein „locator operarum". An anderer Stelle heißt es (Inst. IV cap. 6 § 6): „Der Prinzipal zahlt dem mandatario nach verrichteter Mühe den versprochenen recompens, und da keiner versprochen ist, so wird solcher nach Beschaffenheit des Geschäfts und der hierunter verwandten Mühewaltung unparteiisch taxiert, sofern mandatarius anders eine Person ist, welche sich gratis in fremde Sachen nicht verwenden, sondern salieren zu lassen pflegt, z. B. Tändler u. dergl."

Das erste und einzige Partikularrecht, das den Gehalt des Mäklervertrags in ausführlicher Weise regelte, war das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (in Kraft getreten am 1. 3. 1865). Von welcher Auffassung des Mäklervertrags sich der Gesetzgeber leiten ließ, ist jedoch auch hier aus dem Gesetze selbst nicht zu erkennen. Die Motive geben uns über das Wesen des Vertrags Auskunft mit den Worten: „Der Vertrag, welcher

---

[7]) vgl. § 2.

[8]) Laband S. 7; Kuhn a. a. O. S. 235; Riesenfeld Bd. 37 S. 38.

[9]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 420. Crome will den Mäklervertrag nach gemeinem Rechte den Grundsätzen über Dienstmiete, Werkverdingung oder Mandat unterstellt wissen.

die Nachweisung einer zur Eingehung eines Vertrages geeigneten Person oder die Nachweisung einer Sache, oder die Vermittlung eines Vertrages zum Gegenstande hat, kann in der Form eines Mandats einer locatio conductio operarum, auch nach Befinden operis vorkommen". Daraus erhellt, daß der Gesetzgeber den Mäklervertrag als eine selbständige Vertragsart aufgefaßt wissen wollte.

Über die Frage, wie heute der Mäklervertrag aufzufassen ist, entscheidet nicht das Handelsgesetzbuch, sondern das Bürgerliche Gesetzbuch. Danach ist er ein Vertrag, worin jemand für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrags oder für die Vermittlung eines solchen einen Mäklerlohn verspricht.[10])

Die wesentlichen Merkmale des Vertrags sind damit gegeben. Es genügt, daß sich jemand verpflichtet, dem Mäkler, falls durch dessen Vermittlungstätigkeit ein bestimmtes Geschäft zustande kommt, einen bestimmten Lohn zu zahlen. Dadurch wird der Mäklervertrag als ein besonderer, eigenartiger Vertrag charakterisiert, der sich von allen anderen Verträgen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterscheidet und als solcher selbständig zu behandeln ist. Auch Cosack, Staub und andere[11]) vertreten diese Ansicht.

Auch äußerlich kommt die Sonderstellung des Mäklervertrags zum Ausdruck, indem das Bürgerliche Gesetzbuch, dem Beispiele des sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs folgend, dem Mäklervertrag einen besonderen Platz hinter dem Dienst- und Werkvertrag anweist.

Düringer-Hachenburgs Behandlung des Mäklervertrags halten wir für keine glückliche Lösung des Problems; die daraus resultierende Zwitterstellung muß in der Praxis unbedingt zu großen Unsicherheiten führen.

Es würde den Rahmen vorliegender Arbeit überschreiten, genauer zu untersuchen, ob die verschiedenen Auffassungen

---

[10]) § 652 Abs. 1 BGB.

[11]) Cosack, Lehrb. z. BGB. S. 551; Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 77; Staub Bd. 1 S. 382; Planck, Vorbem. 3 zu § 651 BGB.

juristischer Schriftsteller über den Mäklervertrag mit den Grundsätzen des gemeinen und des heutigen bürgerlichen Rechts in Einklang gebracht werden können.

Wir glauben der Sachlage am besten gerecht zu werden, wenn wir den Mäklervertrag als einen contractus sui generis bezeichnen, der nach den aus seinem besonderen Inhalte sich ergebenden Folgerungen, unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gebräuche, dem Grundsatze vom redlichen Vertragsvollzuge und der Billigkeit zu beurteilen ist.

Streit besteht auch über die Frage, ob der Mäklervertrag als ein einseitiges oder zweiseitiges Vertragsverhältnis aufzufassen sei. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt bekanntlich Sondervorschriften für gegenseitige Verträge auf. Lotmar[12]) schließt auf die Doppelseitigkeit des Vertragsverhältnisses daraus, daß dem Mäkler Lohn versprochen wird für den Nachweis, für die Vermittlung; dem Mäklerlohn werde dadurch offenbar der Charakter der Gegenleistung verliehen. Auch werde in § 653 BGB. mit Bezug auf den Mäklerlohn von einer Vergütung im Sinne einer Gegenleistung gesprochen; es sei sogar unmittelbar von einer dem Mäkler übertragenen Leistung die Rede. Endemann[13]) und Burchard[14]) stellen den Mäklervertrag als ein durch das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages bedingtes Versprechen des Auftraggebers dar. Nach Reuling[15]) bewirkt der Mäkler die Vermittlung nicht solvendi, sondern nur condicionis implendae causa.

Wir halten an der gegenseitigen Natur des Mäklervertrages fest und meinen, daß hierfür vornehmlich die Gesichtspunkte über Treuverpflichtung und sonstige Vertragspflichten des Mäklers sprechen (vgl. § 654 BGB.).

Der Mäklervertrag kommt zustande durch die beiderseitig abgegebenen Willenserklärungen, die auf den Abschluß des Ver-

---

[12]) Lotmar a. a. O. S. 284.

[13]) Endemann, BGB. Bd. 1 S. 795 ff.

[14]) Gutachten in den Verhandl. des 24. Juristentags Bd. 2 S. 289.

[15]) Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 207 ff.

trags gerichtet sind. Seine rechtliche Existenz tritt also mit der Willenseinigung zwischen Mäkler und Auftraggeber ein.

Die Übernahme des Auftrags seitens des Mäklers braucht nicht ausdrücklich zu geschehen.[16]) Das Gesetz macht den Mäklervertrag von einer besonderen Form nicht abhängig. Daher ist er, entsprechend dem Grundsatze der Formlosigkeit der Verträge, formlos gültig, und zwar auch dann, wenn für das zu vermittelnde Geschäft eine bestimmte Form, z. B. Schriftlichkeit, vorgeschrieben ist.

Der Mäkler braucht, wenn er einen ihm gewordenen Auftrag annehmen will, dem Geschäftsherrn davon nicht ausdrücklich Mitteilung zu machen. Es genügt, wenn er tätig wird. Der Vertragsabschluß ist in diesem Falle mit dem Augenblick vorhanden, in dem der Mäkler durch sein Tätigwerden zu erkennen gibt, daß er die Vermittlung übernimmt.

Das preuß. Landrecht[17]) schrieb für den Abschluß aller Schuldverträge, und so auch für den Abschluß eines Mäklervertrags, der über 50 Taler Silberkurant zum Gegenstand hatte, Schriftlichkeit vor. Bei der Wertbestimmung kam natürlich nicht das vermittelte Geschäft, sondern die Höhe des versprochenen Mäklerlohnes in Betracht. Aus praktischen Gründen wird der Mäklervertrag allerdings wohl auch heute schriftlich abgeschlossen werden, und zwar hauptsächlich dann, wenn noch besondere Abreden zu dem eigentlichen Vertrage hinzutreten. Im Streitfalle wird hierdurch die Beweisführung erheblich erleichtert, die Ausfertigung von Reversen kommt immer mehr in Gebrauch.

Die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns kann ebenfalls stillschweigend eingegangen werden. Das ist der Fall, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (vgl. § 653 Abs. 1 BGB.), und insbesondere dann, wenn der Auftraggeber einen Mäkler beauftragt, von dem er weiß, daß er gewerbsmäßig seinen Beruf ausübt. Voraussetzung ist also, daß der Auftraggeber weiß, daß er mit einem Handelsmäkler zu tun hat.

[16]) Bolze Bd. 7 Nr. 566.

[17]) ALR. I, 5 § 131.

Ihn darauf aufmerksam zu machen, ist unter Umständen Sache des Handelsmäklers. Beim Handelsmäkler, der stets gewerbsmäßig vermittelt (vgl. § 93 HGB.), gilt ein angemessener Lohn auch ohne besondere Abrede als vereinbart.

Will der Handelsmäkler einen ihm gewordenen Auftrag nicht ausführen, so ist er unter Umständen zur Antwort verpflichtet. Diese Pflicht legt ihm seine Kaufmannsstellung auf; es gilt für ihn § 362 Abs. 1 HGB. Geht ihm ein Vermittlungsauftrag von seiten eines andern zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht oder dem gegenüber er sich zur Ausführung von Vermittlungen erboten hat, so ist er verpflichtet, unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme, da es jedoch einen Zwang des Mäklers zur Ausführung des Auftrags nicht gibt, hat diese Vorschrift keine praktische Bedeutung.

Der Sensal des alten Handelsgesetzbuchs konnte infolge seiner Amtsstellung überhaupt nicht ablehnen; er war zur Annahme der ihm zugehenden Aufträge verpflichtet. Es bedurfte deshalb auch keiner Annahmeerklärung. Nur für den Fall, daß das Geschäft gesetzlich verboten war, wurde ihm ein Ablehnungsrecht eingeräumt.

Streit herrscht hinsichtlich des Zustandekommens eines Vertrages durch konkludente Handlungen, wenn die Initiative vom Mäkler selbst ausgeht, sei es, daß er bereits im Auftrage eines Dritten handelt, sei es, daß er selbst den Anstoß zu dem zu vermittelnden Geschäft gibt. Es ist erforderlich, daß auf beiden Seiten ein animus obligandi vorhanden war, d. i. die Absicht, daß eine Vergütung erwartet werde und gewährt werden solle.[18]) Das bloße Sichgefallenlassen einer Vermittlung ohne animus obligandi auf seiten einer Partei begründet noch nicht Annahme der Vermittlungsdienste, wie auch Riesenfeld[19]) im Anschluß an eine Reichsgerichtsentscheidung richtig bemerkt. Behauptet der Mäkler, daß dennoch ein Vertrag zustande gekommen sei, so trifft ihn die Beweislast.[20])

---

[18]) Anders RG. bei Bolze Bd. 7 Nr. 506 S. 188.

[19]) Riesenfeld Bd. 37 S. 260; Bolze Bd. 5 N. 583 S. 182.

[20]) Neubauer im Arch. f. bürgerl. R.: RG.-Urteil v. 11. 4. 1889, Bd. 6 S. 8.

Zweites Kapitel.

Die Pflichten des Handelsmäklers.

1. Im allgemeinen.

§ 4.

Die Stellung des Handelsmäklers bringt eine Reihe von Pflichten mit sich, die teils öffentlichrechtlicher, teils privatrechtlicher Natur sind. An sich übernimmt er ja, wie schon oft betont, durch den Abschluß des Mäklervertrags noch keine Verpflichtung tätig zu werden. Vielmehr entsteht eine Verbindlichkeit für ihn erst in dem Augenblicke, in welchem er für seinen Auftraggeber zu handeln beginnt.

Das alte Handelsgesetzbuch zählte in Art. 69 die dem Sensal obliegenden Pflichten genau auf. Sie entsprangen entweder aus seiner Eigenschaft als Beamter oder aus seinen privatrechtlichen Beziehungen. Die Stellung des heutigen Handelsmäklers ist längst nicht mehr so beschränkt und eingeengt wie die des früheren. Verschiedene Beschränkungen, denen auch schon die Privathandelsmäkler nicht mehr unterworfen waren, sind fortgefallen.

Die Handelsmäkler dürfen jetzt Handelsgeschäfte für eigene Rechnung machen, sei es unmittelbar, sei es als Kommissionär, auch dürfen sie sich für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte verbindlich machen oder Bürgschaft leisten.

Die Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Betrieb der Mäklergeschäfte, eines Teils derselben oder einzelner Geschäfte ist gestattet. Derartigen Mäklervereinigungen wird zumeist ein Gesellschaftsverhältnis zugrunde liegen.

Die Handelsmäkler brauchen ihre Mäklerverrichtungen nicht mehr persönlich zu betreiben; sie dürfen sich zur Abschließung

der Geschäfte eines Gehilfen bedienen, wie dies neuerdings allgemein anerkannt wird.[1]) Die Benutzung sogen. Zwischenmäkler ist zulässig, falls nicht ausnahmsweise eine bestimmte persönliche Tätigkeit im Mäklervertrage vereinbart worden ist. Das Verhältnis zwischen Haupt- und Zwischenmäkler wird meist ein Dienstverhältnis sein. Rechtlich ist für den Auftraggeber nur der Vertrag zwischen ihm und dem Hauptmäkler bedeutsam. Infolgedessen haftet letzterer dem Auftraggeber für das Verschulden des Zwischenmäklers, wenn dieser Gehilfe bei der Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptmäklers war (vgl. § 278 BGB.).

Das Gebot der Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse besteht auch heute noch für den Handelsmäkler, soweit seine Pflicht zur Sorgfalt und Wahrung von Treu und Glauben es verlangt. Nur bei gegenteiliger Parteivereinbarung, oder wenn die Natur des Geschäfts es erfordert, kann bezw. muß er von seinem Schweigeprinzip abgehen.

Schließlich ist auch das Verbot weggefallen, die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten zu einem Geschäfte anders anzunehmen als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung. Der Handelsmäkler darf Aufträge von Abwesenden übernehmen und sich zur Vermittlung eines Unterhändlers bedienen. Einige solcher Einschränkungen, wie sie seit dem Sensalen des alten Handelsgesetzbuches bestanden, existieren neben andern Beschränkungen für den Handelsmäkler heute noch in seiner Eigenschaft als Kursmäkler.[2])

2. Im besonderen.

A. Privatrechtliche Pflichten.

a) Die Sorgfalts- und Treupflicht.

§ 5.

Dem besonders starken Hervortreten des Prinzips von Treu und Glauben beim Mäklervertrag entsprechend besteht auf seiten des Handelsmäklers eine eigenartig ausgeprägte Treueverpflichtung.

[1]) RG. Bd. 18 S. 163ff.; Bolze Bd. 5 Nr. 579; Staub S. 400; Neubauer S. 18; Lehmann u. Ring Bd. 1 S. 211.

[2]) § 32 BörsG. v. 21. 6. 1896.

Zu dieser gehört in erster Linie die Beobachtung derjenigen geschäftlichen Verschwiegenheit, welche durch das Interesse der Parteien bedingt ist.

Wie an anderer Stelle betont, besteht das Gebot der Verschwiegenheit über Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse auch heute noch für den Handelsmäkler. Diese Pflicht hat er Dritten gegenüber; sie besteht nicht hinsichtlich der Mitteilung des Namens der einen Partei an die andere, denn hier ist es ja seine Aufgabe, den Konsens der einen Partei an die andere zu übermitteln, und zum Konsens über den Vertrag gehört auch der Konsens über das Vertragssubjekt.[1])

Inwieweit der Handelsmäkler der einen oder der andern Partei gegenüber die Verschwiegenheit wahren oder nicht wahren muß, ergibt sich nur unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage und des Umstandes, daß er die Interessen beider Parteien zu vertreten hat.

Er darf sich nicht zu einer Täuschung der Gegenpartei, welche durch ein Verschweigen bewirkt werden soll, mißbrauchen lassen.

Um alle Schwierigkeiten, die sich bei der Haftbarmachung ergeben könnten, von vornherein zu heben, trifft das Gesetz im § 98 HGB. die Bestimmung, daß der Handelsmäkler jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden haftet. Wie der Wortlaut ergibt, geht das Gesetz davon aus, daß der Handelsmäkler zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis getreten ist. Er haftet aber auch dann beiden Parteien, wenn er ausnahmsweise nur als Vermittler einer Partei auftritt, und zwar dem Auftraggeber ex contractu, dem anderen ex lege. Gegenüber beiden Parteien ist das Maß seiner Pflichten stets das gleiche, falls nicht durch ausdrückliche Vereinbarungen Sonderheiten bestimmt worden sind.

Der Ausdruck „Partei“ deckt sich hier nicht mit „Kontrahent“. Die Haftung besteht also nicht nur im Falle erfolgreicher Vermittlung, sondern auch dann, wenn seine Mühewaltung ohne Erfolg geblieben ist. Es wird nur verlangt, daß er zu der Partei

---

[1]) Sohm in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 17 S. 50.

durch Entfaltung einer Vermittlertätigkeit in rechtliche Beziehungen getreten ist und diese sich darauf eingelassen hat.[2])

Der Umfang seiner Haftung ist gesetzlich bestimmt.[3]) Er haftet für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden, mit anderen Worten ausgedrückt, er haftet für omnis culpa[4]) und daher auch für leichtes Verschulden. Wie schon betont, haftet er nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für das seiner Gehilfen, und zwar in demselben Umfange wie für sein eigenes. Da er Kaufmann ist, so liegt ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ob (vgl. § 347 HGB.) und es ist in concreto zu entscheiden, ob er für das Erfüllungsinteresse oder nur für das negative Vertragsinteresse haftet.

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt auch die Verpflichtung gewissenhafter Ausführung des Auftrags. Er hat mit Rücksicht hierauf vor allen Dingen seine Instruktionen genau zu befolgen und alle ihm bekannten Sachumstände und rechtlich relevanten Tatsachen mitzuteilen, selbst jene, die geeignet sind, die Perfektion des Geschäfts zu vereiteln.[5]) Zur Prüfung der Bonität der Ware ist der Handelsmäkler nicht verbunden. Er hat jedoch die Solvenz der Parteien zu prüfen, zwischen denen er vermittelt.[6]) Er würde seine Vertragspflicht verletzen, wenn er einer Partei einen, wie ihm bekannt, kreditunwürdigen Gegenkontrahenten unter Verschweigung dieses Umstands darbieten würde. Andrerseits kann ihm wohl nicht zugemutet werden, daß er an Stelle der Partei Erkundigungen einzieht, die diese selbst zu erheben in der Lage ist.[7]) Glaubt die Partei allein nicht imstande zu sein, sich über die Güte der Ware und die Kreditwürdigkeit der Gegenpartei genügende

---

[2]) Staub, Komm. Bd. 1 S. 405; Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 547.

[3]) § 98 HGB.; vgl. auch a. HGB. Art. 81.

[4]) D. 50,14 l. 2; Laband S. 63ff.

[5]) RG. bei Bolze Bd. 3 Nr. 643.

[6]) RG. bei Bolze Bd. 7 Nr. 504; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 548.

[7]) Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 281ff.; Seufferts Arch. Bd. 27 S. 225, Bd. 29 S. 125; OLG. in DJZ. 1903 S. 60.

Kenntnis verschaffen zu können, so kann sie den Handelsmäkler zu einer Erklärung auffordern. Da dieser für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihm mitgeteilten Vorschläge und Antworten einzustehen hat, wird er beim Vorliegen einer solchen Erklärungsaufforderung hierüber Ermittlungen anstellen müssen.[8]) Das Reichsgericht hat jedoch gegenteilige Entscheidungen getroffen.[9]) Festzuhalten ist, daß die Erteilung einer wissentlich unwahren Auskunft ihn unter allen Umständen haftbar macht.[10]) Dasselbe gilt, wenn er annehmen muß, daß gerade mit Rücksicht auf seine Auskunft die Partei von weiteren Erkundigungen absieht. Doch erstreckt sich diese Haftung nicht auf gewöhnliche Redensarten und allgemeinübliche Anpreisungen, auf die im Geschäftsleben vernünftigerweise kein großer Wert zu legen ist.

Streit herrscht hinsichtlich der Frage, ob sich der Handelsmäkler einer Pflichtverletzung schuldig macht, wenn er von beiden Parteien Vermittlungsaufträge annimmt. Wie bereits betont, soll er die Interessen beider Parteien wahren und keine Partei etwa vor der anderen begünstigen. Während in früherer Zeit[11]) der Standpunkt vertreten wurde, der Handelsmäkler dürfe unter keinen Umständen von beiden Parteien gleichzeitig Aufträge entgegennehmen und sich dafür Lohn versprechen lassen, da die Parteien stets entgegengesetzte Interessen im Auge hätten, ist in neuerer Zeit vom Reichsoberhandelsgericht[12]) wie vom Reichsgericht[13]) im gegenteiligen Sinne entschieden worden. Beide Gerichte halten es durchaus mit dem Wesen des Mäklergeschäfts für vereinbar, wenn der Mäkler im Auftrage beider Parteien handle, und daß er seine Sorgfaltspflicht nur dann verletze, wenn tatsächlich im einzelnen Falle eine Kollision der Interessen vorliege.

---

[8]) Düringer Hachenburg Bd. 1 S. 548; Behrend, Lehrb. d. HR S. 417; Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. Bd. 1 S. 210.

[9]) RG. bei Bolze Bd. 7 Nr. 504.

[10]) RG. bei Bolze Bd. 4 Nr. 646.

[11]) Das frühere OTr.

[12]) ROHG. Bd. 7 Nr. 23 S. 90.

[13]) RG. Bd. 4 Nr. 80 S. 290; RG. bei Bolze Bd. 5 Nr. 582, Bd. 10 Nr. 415 S. 219.

Die Parteien vertreten stets kollidierende Interessen, nämlich das Geschäft möglichst vorteilhaft abzuschließen, und der Vorteil der einen ist meist Nachteil der anderen Partei. Es ist aber falsch, zu behaupten, die Parteien hätten nur solche Interessen. Es werden vielmehr auch gemeinschaftliche Interessen vorhanden sein, denn beide Parteien werden bei der Vorbereitung eines Geschäftsabschlusses einen gemeinsamen Vorteil in dem Zustandekommen des Geschäfts finden. Diesem Vorteil hat der Handelsmäkler zu dienen. Er hat insofern die Interessen beider Parteien zu vertreten, als er einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeizuführen sucht. Er wird deshalb in der Regel zu beiden Parteien in Vertragsbeziehungen treten und nicht nur das Interesse seines Auftraggebers, sondern auch das der Gegenpartei wahrnehmen.

In eine Interessenkollision kann der Mäkler nur geraten, wenn er sich, ohne den Parteien davon Mitteilung zu machen, von jeder eine besondere Provision versprechen läßt, oder wenn er einen Auftrag übernimmt, der sich mit einem bereits übernommenen notwendigerweise nicht vereinigen läßt.[14]) § 654 BGB. sagt:

> „Der Anspruch auf den Mäklerlohn ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den andern Teil tätig gewesen ist".

Diese Bestimmung findet auch auf den Handelsmäkler Anwendung.[15])

Es ist aber dabei wohl zu beachten, daß die Anwendung dieses Satzes — beim Zivil- wie beim Handelsmäkler — auf die Fälle wirklicher Interessenkollision beschränkt ist. Die Vertragstreue erfordert, daß der Handelsmäkler im Zweifelsfalle klar zu erkennen gibt, in welcher Eigenschaft er seine Tätigkeit ausübt, damit sich der Betreffende danach richten kann.

---

[14]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 547; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 211; Bolze Bd. 1 Nr. 582, Bd. 10 Nr. 415, Bd. 11 Nr. 316.

[15]) Staub Bd. 1 S. 406.

a) Fortsetzung: Die Aufbewahrung der Warenprobe.

§ 6.

In Erfüllung der ihm obliegenden Diligenz muß der Handelsmäkler nach § 96 HGB. die Probe des Vertragsobjektes aufbewahren, vorausgesetzt, daß es sich um einen „Kauf nach Probe" im Sinne von § 494 BGB. handelt, und daß dieser durch Vermittlung des Handelsmäklers zustande gekommen ist. Die Begriffsbestimmungen eines solchen Kaufes setzen wir als bekannt voraus.

Die Aufbewahrungspflicht besteht nicht, wenn die Parteien den vom Handelsmäkler als reinen Kauf vermittelten Vertrag ohne sein Wissen als Kauf nach Probe vereinbaren.[1]) Erfordernis ist es, daß die Probe dem Handelsmäkler übergeben ist. Es ist also seine Pflicht, die Parteien an die Übergabe zu erinnern.[2]) Das Gesetz verlangt nicht, daß er sich eine Probe selbst verschafft, sondern nur, daß er die ihm übergebene in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise aufbewahrt

Die Aufbewahrung besteht so lange, „bis die Ware ohne Einwendungen gegen ihre Beschaffenheit angenommen, oder das Geschäft in anderer Weise erledigt wird". Sie endigt also, sobald es auf die Beschaffenheit der Probe nicht mehr ankommt, sei es, daß die Ware durch ausdrückliche Erklärung genehmigt ist oder infolge Unterlassens der Rüge gemäß § 371 Abs. 2 HGB. als genehmigt gilt, oder daß die Verjährungsfrist abgelaufen ist.[3])

Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Käufer auf die Lieferung verzichtet, aber doch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Es kommt nämlich zur Beurteilung des letzteren auf die Beschaffenheit der Probe an. Bis dahin muß sich der Handelsmäkler über den Stand des von ihm vermittelten Kaufes nach Probe fortgesetzt auf dem Laufenden erhalten.

Das Gesetz sagt: Der Handelsmäkler hat die Probe aufzubewahren, nämlich diejenige, deren Eigenschaften als zugesichert gelten und auf Grund deren gekauft ist. Nur mit Zu-

---

[1]) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 209.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 545; Goldmann Bd. 1 S. 451.

[3]) Freudenburg, Der Handelsmäkler, Diss. Jena, S. 39.

stimmung beider Parteien darf er an die Stelle der ersten Probe später eine andere setzen.[4]) Es bedarf in solchem Falle einer ausdrücklichen Feststellung und eines besonderen Vermerkes im Tagebuche.[5])

Hinsichtlich der Art und Weise der Aufbewahrung bestimmt das Gesetz nur, daß der Handelsmäkler die einzelnen Proben kenntlich machen soll. Wie er dies machen will, bleibt ihm überlassen. Die Kennzeichnung muß jedenfalls so geschehen, daß jede Verwechslung unmöglich wird. An und für sich kann hierzu schon ein Buchstabe oder eine Nummer genügen. Zweckmäßig wird jedoch der Name der Kontrahenten, das Datum des Abschlusses, die Nummer der Schlußnote, event. auch die Nummer oder Seitenzahl der Eintragung im Tagebuch auf oder an dem Muster der Probe vermerkt. Der ganze Zweck der Aufbewahrung ist, für den Fall etwaiger Differenzen der Parteien die Identität und Unversehrtheit der Probe als Beweismittel zu sichern.

Es ist nicht nötig, daß der Handelsmäkler die ganze Probe aufbewahrt, vielmehr genügt es, wenn in der Regel, sofern die Probe überhaupt teilbar ist, nur so viel aufbewahrt wird, wie zur Wiedererkennung erforderlich ist.

Der Handelsmäkler muß sich genau vergewissern, ob das Geschäft endgültig erledigt ist. Er haftet beiden Parteien mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für den Schaden, wenn er die Probe zu früh zurückgibt.[6])

Von der gesetzlichen Aufbewahrungspflicht ist der Handelsmäkler nur dann befreit, wenn beide Parteien auf die Verwahrung verzichten oder der Ortsgebrauch, d. h. nicht Gewohnheitsrecht, sondern lokale Verkehrssitte, mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet. Letzteres wird nicht selten bei umfangreichen Warenproben der Fall sein. Während der Dauer der Aufbewahrungsfrist haben die Parteien jederzeit Anspruch auf Besichtigung der Probe.[7])

---

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 545.
[5]) Goldmann-Lilienthal, HGB. S. 451; Prot. S. 972 ff.
[6]) §§ 98, 347 HGB.
[7]) §§ 809, 811 BGB.

Da die Probe einen gewissen Vermögenswert hat und das Eigentum an ihr nicht auf den Handelsmäkler übergeht, so muß er sie, obwohl das Gesetz hierüber schweigt, später wieder zurückgeben, sofern er nicht etwa die Erlaubnis erhalten hat, sie zu vernichten.[8])

b) Die Schlußnote.

§ 7.

Die hauptsächlichste Pflicht des Handelsmäklers, nicht auch des Zivil- und Krämermäklers, ist die Pflicht zur Ausstellung von Schlußnoten. Dieser Schlußnotenzwang ist keine Neubestimmung des jetzigen Handelsgesetzbuchs. Er war vielmehr schon dem alten Handelsgesetzbuch bekannt, das den amtlichen Handelsmäklern eine derartige Verpflichtung auferlegte.

Schlußnoten sind Urkunden, in denen der Mäkler den Abschluß und den Inhalt des Geschäfts bezeugt. Ihre rechtliche Bedeutung für die Parteien besteht deshalb darin, daß ihnen für die abgeschlossenen Geschäfte Beweismittel gesichert werden.

Der Inhalt der Schlußnote ist in § 94 HGB. gesetzlich geregelt. Sie muß die Bezeichnung der Parteien, des Gegenstandes und der Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie des Preises und der Zeit der Lieferung enthalten.

Dazu kommt schließlich die Unterschrift des Handelsmäklers. Leider gehört, wie Georg Cohn[2]) betont, die Zeit des Abschlusses nicht zum notwendigen Inhalt. Der Handelsmäkler hat unverzüglich nach dem Abschluß des Geschäfts jeder Partei eine Schlußnote zuzustellen. Die Gültigkeit des Geschäfts hängt also nicht von der Ausstellung der Schlußnote ab, da diese erst nach dem Zustandekommen des Vertrags erteilt wird.

Der Ausdruck „unverzüglich“ ist wie in § 121 BGB. gebraucht und daher gleichbedeutend mit „ohne schuldhaftes Zögern“. Eine bestimmte Frist gilt also nicht. Dem Handels-

---

[8]) Staub Bd. 1 S. 405; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 545.
[1]) § 104 HGB.
[2]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 S. 2246 Abs. 4.

mäkler ist es zur Pflicht gemacht, den Parteien die Schlußnote mit solcher Beschleunigung zuzustellen, welche erforderlich ist, damit ihn weder der Vorwurf einer absichtlichen, noch auch derjenige einer fahrlässigen, d. h. einer solchen Säumnis, welche eine Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen, von einem ordentlichen Handelsmäkler zu beobachtenden Sorgfalt in sich schließt, treffe.[3]) Ergibt sich eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht, so haftet der Handelsmäkler für den daraus entstehenden Schaden.[4]) Auch eine verfrühte Zustellung kann die Schadensersatzpflicht des Handelsmäklers nach sich ziehen, wenn dadurch der Partei Schaden erwachsen ist.[5]) Weigert sich der Handelsmäkler überhaupt zuzustellen, so kann darauf im Wege des Zivilprozesses Klage erhoben werden. Im Börsenverkehr geschieht die Zustellung der Schlußnoten nachmittags nach Schluß der Börse, doch ist unter Umständen eine schleunigere Zustellung geboten.

Jede Partei hat Anspruch auf eine Schlußnote. Der Handelsmäkler hat also in der Regel so viel Schlußnoten auszustellen, als Parteien vorhanden sind. Von der Schlußnotenausstellung ist er nur dann frei, wenn beide Parteien gemeinsam darauf verzichten oder ein auf bestimmte Gattungen beschränkter diesbezüglicher Ortsgebrauch vorliegt.

Der Verzicht der Parteien kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Ein stillschweigender Verzicht kann z. B. in der Zahlung der Provision, Realisierung des Geschäfts ohne Mitwirkung des Handelsmäklers gefunden werden.

Es genügt nicht, daß nur eine Partei die Zustellung erläßt. Der einseitige Verzicht befreit den Handelsmäkler selbst gegenüber der Partei nicht, die ihm die Ausstellung einer Schlußnote erlassen hat. Denn jede Partei hat ein rechtliches Interesse, daß auch der Gegenpartei die Schlußnote zugestellt wird.[6])

---

[3]) vgl. Planck, Komm. z. BGB. unter I zu § 121 BGB.

[4]) § 98 HGB.

[5]) s. Goldschmidt, Zeitschr. Bd. 34 S. 575.

[6]) Staub Bd. 1 S. 401; Makower Bd. 1 S. 263; Jacusiel, Das Recht der Mäkler S. 20; and. A. Düringer-Hachenburg S. 535 II.

Der verzichtende Teil braucht die Schlußnote natürlich nicht anzunehmen oder zu unterschreiben. In diesem Falle, wie überhaupt bei jeder Annahmeverweigerung seitens einer Partei, ist der Handelsmäkler verpflichtet, der anderen Partei davon unverzüglich Mitteilung zu machen.[7])

Die Gültigkeit des Geschäftes hängt nicht etwa von der Annahme der Schlußnote ab. Auch ist weder ihre Ausstellung noch ihre Zustellung, weder die Unterzeichnung noch die Auswechslung Voraussetzung für das Zustandekommen des Geschäfts. Namentlich in Handelskreisen wurde früher vielfach die Ansicht vertreten, das vom Handelsmäkler vermittelte Geschäft erhalte erst durch Unterzeichnung und Austausch der Schlußnote Rechtswirksamkeit. Aber schon das alte Handelsgesetzbuch trat dieser Ansicht entgegen. Es traf daher in Art. 76 die ausdrückliche Bestimmung, daß der Abschluß eines durch Handelsmäkler vermittelten Vertrages von der Aushändigung der Schlußnote unabhängig sei. In das neue Handelsgesetzbuch wurde eine entsprechende Vorschrift als selbstverständlich nicht aufgenommen.[8])

Den Parteien steht es natürlich frei, zu vereinbaren, daß das Geschäft erst durch Zustellung oder Unterschrift zum Abschluß kommen soll. Dann finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Form der Rechtsgeschäfte Anwendung.[9])

Selbst wenn die Parteien besonders vereinbart haben, daß Schlußzettel ausgetauscht werden sollen, so bedeutet diese Abmachung noch nicht, daß sie von ihrer Aushändigung die Gültigkeit des Geschäfts abhängig machen wollen. Es kann unter Umständen in der vorbehaltlosen Annahme der Schlußnote z. B. eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftsabschlusses liegen,[10]) wenn nämlich der Handelsmäkler die Schlußnote zugestellt hatte, trotzdem das Geschäft noch nicht gültig geworden war. Dies ist vor allem anzunehmen, wenn das Verhalten der einen Partei vorher zweideutig gewesen war und zu Zweifeln Anlaß geboten

---

[7]) § 94 Abs. 3 HGB.

[8]) vgl. Denkschr. im Entwurf S. 126.

[9]) §§ 125, 126, 127 BGB.

[10]) ROHG. Bd. 13 S. 295.

hatte. Anders dagegen, wenn die Partei vorher das Geschäft bestimmt zurückgewiesen hatte.[11]) Jene Möglichkeiten sind jedoch nur Ausnahmen. Grundsätzlich ist die Gültigkeit unabhängig von der Schlußnote.[12])

Die Parteien haben gleichmäßig ein Interesse daran, daß der Inhalt der Schlußnoten so vollständig wie nur möglich sei. Sind sich beide Parteien darüber einig, daß gewisse Punkte, die nach § 94 Abs. 1 HGB. in die Schlußnote gehören, wegfallen sollen, so kann der Handelsmäkler sie weglassen. Dagegen muß er diejenigen Punkte, die er nach Weisung nur einer Partei verschweigen soll, ebenfalls in die Schlußnote aufnehmen, sofern sie zu den in § 94 Abs. 1 genannten gesetzlichen Erfordernissen gehören. Es ist als genügend anzusehen, daß sich, wenn zwei Parteien in Geschäftsverbindung stehen und schon öfter gleichartige Geschäfte abgeschlossen haben, in der Schlußnote der Vermerk „gehabte Kondition" oder „Konditionen wie bekannt" findet.[13]) Es wird dagegen auch die Ansicht vertreten, daß dies unzulässig sei; denn aus der Schlußnote solle ohne Zuhilfenahme anderer Dokumente das Geschäft hervorgehen.[14]) Diese Begründung erscheint uns nicht stichhaltig. Es kommt doch einzig und allein darauf an, daß sich die Parteien über das von ihnen geschlossene Geschäft klar werden können. Firmen, die häufiger gleichartige Geschäfte miteinander abschließen, sind aber durch den Vermerk „gehabte Konditionen" genau über alle Bedingungen des getätigten Abschlusses unterrichtet; sie brauchen dazu nicht „andere Dokumente" zu Hilfe zu nehmen. Bestünde auch in solchen Fällen die Verpflichtung, trotz der genauen Kenntnis der Parteien sämtliche Bedingungen wörtlich in die Schlußnote aufzunehmen, so würde dies nur eine lästige Formvorschrift bedeuten.

Eine besondere Vorschrift ist für Geschäfte gegeben, die

---

[11]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 537.

[12]) Staub Bd. 1 S. 401; Cosack S. 205; Lehmann u. Ring Bd. 1 S. 205; Goldmann Bd. 1 S. 442.

[13]) Staub Bd. 1 S. 401 Anm. 3; Düringer-Hachenburg Bd. 5 S. 536 Anm. 4.

[14]) Jacusiel Bd. 2 S. 19.

nicht sofort erfüllt werden sollen. Darunter sind nicht nur Zeitgeschäfte, sondern auch aufschiebend bedingte Geschäfte zu verstehen. Dagegen gehören nicht diejenigen Geschäfte hierher, bei denen der Verkäufer sofort erfüllt, während dem Käufer der Kaufpreis gestundet wird.[15]) Bei den genannten Geschäften ist gemäß § 94 Abs. 2 die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote zu übersenden.

Der Grund hierzu ist in der großen Gefahr, welche die Geschäfte dieser Art in sich bergen, zu suchen. Sie ist sozusagen eine Schutzmaßregel gegen spätere Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten. Denn durch ihre Unterschrift erkennt die Partei an, daß das betreffende Geschäft so wie es auf dem Papier steht geschlossen ist. Dadurch ist, wenn der Zeitpunkt der Erfüllung gekommen ist, die Erledigung eine leichtere. Der Gegenbeweis ist jedoch hier nicht ausgeschlossen. Es ist nicht nur der Wortlaut der Schlußnote zu berücksichtigen, sondern es sind sämtliche Umstände in Betracht zu ziehen.[16]) Die Beweislast liegt natürlich der Partei ob, welche die richtige Beurkundung bestreitet, ohne Unterschied, ob sie sich auf Bedingungen beruft, die nicht in der Schlußnote stehen, oder ob sie die in ihr aufgenommenen Bedingungen bestreitet.

Wie schon betont, liegt der wesentliche Zweck der Schlußnote in ihrer Beweiskraft. Sie ist eine Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO. und erbringt den formellen Beweis dafür, daß der Handelsmäkler den Geschäftsabschluß als vollzogen beurkundet hat.

Welche Beweiskraft der Schlußnote im Prozesse beizulegen ist, darüber entscheidet freie richterliche Beweiswürdigung.[17]) Die Beweiskraft wird um so größer sein, je sorgfältiger der Handelsmäkler die einzelnen Bedingungen in die Schlußnote aufgenommen hat und im übrigen seinen Obliegenheiten nachkommt. Außerdem wird sie noch verstärkt werden, wenn der Inhalt

---

[15]) Lehmann-Ring S. 206 Ziff. 5.
[16]) ROHG. Bd. 10 S. 306.
[17]) § 286 ZPO.

der Schlußnote mit der Eintragung, die der Handelsmäkler in das von ihm zu führende Tagebuch vorzunehmen hat, übereinstimmt, und dies noch um so mehr, wenn die Schlußnote gemäß § 94 Abs. 2 HGB. von beiden Parteien unterzeichnet ist. Ferner wird daraus, daß die Partei die Urkunde vorbehaltlos angenommen hat, regelmäßig geschlossen werden können, daß sie das Geschäft dem Inhalte der Urkunde gemäß abgeschlossen hat. Dem gegenüber legt die Verweigerung der Annahme der Schlußnote die Vermutung nahe, daß die Partei den Abschluß oder den Inhalt des Geschäfts beanstanden wolle.[18])

Anschließend sei noch erwähnt, daß es gewisse öffentlichrechtliche Vorschriften über die Schlußnote gibt. Das Reichsstempelgesetz v. 27. 4. 1894[19]) (in der Fassung der Bekanntmachung v. 14. 6. 1900) hat den öffentlichrechtlichen Schlußnotenzwang eingeführt. Dies betrifft aber nur die der Reichsstempelabgabe unterliegenden Käufe und sonstigen Anschaffungsgeschäfte über in- und ausländische Wertpapiere, sowie über Waren, die börsenmäßig gehandelt werden. Schlußnoten sind hier auch dann auszustellen, wenn ohne die Vermittlung eines Handelsmäklers gehandelt wird. Auch sind die Schlußnoten der Zeitfolge nach zu numerieren und fünf Jahre lang aufzubewahren.[20])

Fortsetzung: Die Schlußnote an Aufgabe.

§ 8.

Eine besondere Art von Schlußnoten behandelt § 95 HGB. In ihm werden die sogen. Schlußnoten „an Aufgabe“ gesetzlich geregelt, d. h. Schlußnoten, in denen sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat.

Das alte Handelsgesetzbuch enthielt über diese Art von Schlußnoten keine Bestimmungen, obwohl schon lange Zeit vorher in der Hamburger Mäklerordnung vom Jahre 1824 Schlußnoten „mit vorbehaltener Aufgabe“ und mit ähnlichen Vermerken üblich

---

[18]) ROHG. Bd. 13 S. 295; RG. Bd. 59 S. 350ff.

[19]) RGBl. vom Jahre 1894 S. 381ff.

[20]) vgl. hierüber Friedberg S. 449 und §§ 9, 10, 19ff. des zit. Ges.

waren. Über die juristische Konstruktion und die Rechtsfolgen solcher Schlußnoten herrschte die größte Meinungsverschiedenheit. Durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) wurden zwar einzelne Streitpunkte geregelt, jedoch wurde eine durchgreifende Klärung nicht herbeigeführt.

Die Wichtigkeit des Instituts für den Börsenverkehr und die Unklarheit, die darüber in Handelskreisen und in der Gerichtspraxis herrschte, hatten die Regelung dieses eigenartigen Rechtsverhältnisses im neuen Handelsgesetzbuche zur Folge,[2]) die, wenn auch immer noch einige Zweifel übrigbleiben, doch wenigstens in der Hauptsache Klarheit geschaffen hat.

Unter die neue Gesetzesvorschrift fallen alle Schlußnoten, in denen sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der einen Partei vorbehalten hat. Warum die Bezeichnung unterblieben ist, ist rechtlich gleichgültig. Die Gründe hierzu können verschieden sein, so z. B. weil die andere Partei vom Mäkler erst noch ausfindig gemacht werden muß, oder zwar vorhanden ist, aber noch nicht als solche bekannt sein will. .

Der Vorbehalt wird regelmäßig durch die Klauseln „an Aufgabe“ oder „vorbehältlich der Aufgabe“ zum Ausdruck gebracht, doch ist auch jede andere genügend deutliche Ausdrucksweise für zulässig zu erachten.

Der Charakter der Schlußnote als einer außergewöhnlichen veranlaßten den Gesetzgeber, als erstes Erfordernis zu verlangen, daß die Partei mit dem Vorbehalte einverstanden ist. Denn da es zum Abschluß des zu vermittelnden Vertrages gehört, daß der vom Handelsmäkler präsentierte Gegenkontrahent vom Auftraggeber akzeptiert ist,[3]) so kann dieser Aufgabe desselben in der Schlußnote verlangen und daher, falls er sich nicht von vornherein mit einem solchen Vorbehalte einverstanden erklärt hat, eine Schlußnote ohne solche Aufgabe nach Belieben annehmen oder zurückweisen.

Nimmt er sie an, so ist er an das Geschäft mit der Partei, die ihm nachträglich vom Handelsmäkler bezeichnet wird, ge-

[1]) RG. Bd. 20 S. 37 ff., Bd. 24 S. 64 ff., Bd. 38 S. 187 ff.

[2]) Denkschr. S. 76.

[3]) ROHG. Bd. 12 S. 28.

bunden, es sei denn, daß gegen dieselbe begründete Einwendungen geltend gemacht werden können oder die Bezeichnung nicht innerhalb der ortsüblichen oder angemessenen Frist erfolgt. Wie sich der Auftraggeber durch Annahme der Schlußnote an Aufgabe verpflichtet, die später zu bezeichnende Gegenpartei anzunehmen, übernimmt der Handelsmäkler durch ihre Ausstellung die Garantie für den Erfolg seiner Tätigkeit. Zur Annahme genügt, daß die in den Besitz der Schlußnote gelangte Partei diese nicht unverzüglich zurückweist.[4]) Stillschweigen gilt als Annahme.

Zwischen der auftraggebenden und der vom Mäkler nachträglich bezeichneten Gegenpartei entsteht ein unmittelbares Vertragsverhältnis, denn das Gesetz läßt die annehmende Partei ausdrücklich an das Geschäft mit der ihr nachträglich bezeichneten Person gebunden sein. Durch die Annahme verpflichtet sich der Empfänger gegenüber dem zurzeit noch unbekannten Dritten, zu erfüllen. Von diesem Standpunkte aus bedeutet die Annahme einer Schlußnote an Aufgabe rechtlich eine direkte Willenserklärung an die Person des Gegenkontrahenten.

Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht.[5]) Nur lassen die Entscheidungen sowie das Gesetz selbst die Frage offen, ob der Handelsmäkler als Bevollmächtigter des Auftraggebers anzusehen sei, oder ob die durch die Annahme der Schlußnote bekundete Willenserklärung sich unmittelbar an den noch nicht bekannten Gegenkontrahenten richtet. In Anbetracht der Stellung des Handelsmäklers als einer lediglich mit der Übermittlung der beiderseitigen Willenserklärungen betrauten Person, die in keinem Falle selbst im Namen der Partei abschließt, kann daher nur die letzte Auffassung als die richtige in Frage kommen. Wir können deshalb auch Lehmann-Ring nicht beipflichten, welche die vorbehaltlose Annahme einer Schlußnote an Aufgabe als einen rein internen Akt zwischen dem Handelsmäkler und dem Auftraggeber bezeichnen. Nur zwischen diesen, nicht auch zwischen dem Annehmenden und dem künftigen Gegenkontra-

---

[4]) Düringer-Hachenburg, Komm. Bd. 1 S. 539.

[5]) RG. Bd. 38 S. 189.

henten komme ein Vertragsverhältnis zustande. Durch die Annahme verpflichte sich die Partei gegenüber dem Handelsmäkler, das in der Schlußnote enthaltene Geschäft mit dem von diesem zu bezeichnenden Gegenkontrahenten abzuschließen. Diese Auffassung steht ebenfalls in Widerspruch mit der Stellung des Handelsmäklers, als einer ausschließlich mit der Vertragsvermittlung beauftragten Person.

Die rechtliche Beurteilung des sogen. Schwebezustands, bei dem die eine Partei bereits an das Geschäft gebunden ist, während die andere noch frei ist, hat ebenfalls große Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen. Düringer-Hachenburg[6]) und Staub[7]) setzen diese Gebundenheit während des Schwebezustandes den Fällen an die Seite, in denen eine rechtliche Verfügung der Mitwirkung eines Dritten bedarf.

Derartige Fälle finden sich im bürgerlichen Recht besonders häufig. Wer vorbehältlich der Genehmigung eines Beteiligten abschließt, ist an den Abschluß bis zur Entscheidung gebunden.[8]) Die nachträgliche Benennung des Gegenkontrahenten entspricht in unserem Falle der Genehmigungserteilung nach bürgerlichem Recht. Das Geschäft bleibt so lange in der Schwebe, bis diese Erklärung abgegeben wird oder feststeht, daß sie nicht mehr abgegeben werden kann. Wie die Genehmigung auf den Tag der Abgabe der Willenserklärung bezw. des Abschlusses zurückwirkt, so wirkt auch die spätere Bezeichnung des Gegenkontrahenten ex tunc, d. h. zurückgerechnet auf den Augenblick der Annahme der Schlußnote.[9])

Die Bezeichnung des Gegenkontrahenten wird in der Regel vom Mäkler aus erfolgen, doch ist es auch möglich, daß sich die Gegenpartei selbst als solche angibt. Sie hat sich dann auf Verlangen durch eine vom Handelsmäkler ausgestellte Vollmachtsurkunde zu legitimieren. Die annehmende Partei würde sonst

---

[6]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 539 Anm. 3.

[7]) Staub Bd. 1 S. 403 Anm. 2; vgl. auch Behrend in der DJZ. 1904 S. 377.

[8]) z. B. §§ 108, 177 ff., 1396, 1829 BGB.

[9]) wie § 184 BGB.; vgl. Staub Bd. 1 S. 403 Anm. 2; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 539 Anm. 3.

Gefahr laufen, hinterher einen anderen Gegner annehmen zu müssen als den event. vom Mäkler benannten.

Zur Wirksamkeit des Geschäfts wird außerdem gefordert, daß die Benennung der Gegenpartei rechtzeitig geschieht. Es ist deshalb gleichgültig, ob der Handelsmäkler mit der zu benennenden Partei bereits abgeschlossen hat, oder ob er sie erst ausfindig machen muß.

Die annehmende Partei ist aber nicht in jedem Falle gebunden. Sie hat das Recht, die nachträglich genannte Partei abzulehnen, wenn gegen deren Person oder Firma begründete Einwendungen zu erheben sind.

Ob Einwendungen als begründet gemäß § 95 HGB. anzusehen sind, darüber entscheidet freies richterliches Ermessen. Begründete Einwendungen werden sich insbesondere aus der mangelnden Bonität ergeben.[10]) Ebenso kann man der Partei keinen Vertragsabschluß mit einer im kaufmännischen Sinne unanständigen, d. h. mit einer unredlichen, als notorischen Schikaneur verrufenen Gegenpartei zumuten.[11])

Rein persönliche Momente, z. B. Feindschaft mit dem Gegenkontrahenten, kommen, sofern sie nicht auf geschäftlichen Erfahrungen beruhen, nicht in Betracht. Die Beweislast für das Vorhandensein begründeter Einwendungen hat die Partei, die sie erhebt; denn die Worte des Gesetzes: „es sei denn, daß“ sind gleichbedeutend mit: „es sei denn, daß die Partei beweist“.[12])

Zulässig ist auch, daß in der Schlußnote gewisse Eigenschaften der anderen Partei ausbedungen werden, z. B. häufig die eines „Primaabladers“. In einem solchen Falle kann der Dritte, wenn er die zugesicherte Eigenschaft nicht besitzt, abgelehnt werden. Und zwar braucht die ablehnende Partei nicht den Beweis zu erbringen, daß die Eigenschaft beim Gegenkontrahenten nicht vorhanden ist, sondern nur einen vernünftigen Grund anzugeben, aus welchem sie sich bona fide weigern zu können glaubt, der anderen Partei die vorbedungene Eigenschaft zuzuerkennen. Es

---

[10]) Denkschr. S. 76; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 540.

[11]) RG. Bd. 21 S. 66 u. 73.

[12]) RG. Bd. 33 S. 136, Bd. 35 S. 105 ff.; Planck Bd. 1 S. 48 Nr. 2.

genügt im allgemeinen also der Nachweis, daß die Partei auf Grund sorgfältiger Erkundigungen überzeugt sein konnte, die Gegenpartei ablehnen zu dürfen.[13])

Eine Frist, innerhalb welcher diese Einwendungen vorzubringen sind, hat das Gesetz nicht aufgestellt. Nach den Grundsätzen über Treu und Glauben ist jedoch dahin zu erkennen, daß es ohne schuldhaftes Zögern zu geschehen hat. Die Zurückweisung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. § 130 BGB.). Sie hat entweder dem Handelsmäkler oder der Gegenpartei gegenüber zu erfolgen und muß klar erkennen lassen, aus welchem Grunde die Gegenpartei abgelehnt wird. Letzteres erübrigt sich bei der Ablehnung von Gegenkontrahenten, die der Auftraggeber von vornherein als Gegner ausgeschlossen hat.

Auch für die vom Mäkler nachträglich benannte Partei tritt eine Gebundenheit an das abzuschließende Geschäft ein. Sie wird aufgehoben durch die Erklärung des Auftraggebers, sie als Gegenpartei nicht annehmen zu wollen. Im Falle eines Widerrufs dieser Erklärung ist sie nicht mehr zum Geschäftsabschluß verpflichtet. Wohl aber kann sie ihrerseits den Auftraggeber auf Erfüllung des Geschäfts in Anspruch nehmen, wenn dieser sie ohne begründete Einwendungen abgelehnt hat. In diesem Falle bleibt die Gebundenheit bestehen und der Auftraggeber kann durch Verzicht auf die geltend gemachten Einwendungen den Geschäftsabschluß herbeiführen.[14])

Die Gebundenheit des Auftraggebers besteht ferner nur während einer bestimmten Frist, innerhalb welcher vom Handelsmäkler die Bezeichnung eines geeigneten Gegenkontrahenten erfolgen muß. Die Fristbestimmung kann in der Schlußnote selbst enthalten sein. Gibt die Schlußnote hierüber keine Aufklärung, so ist die ortsübliche, und beim Fehlen einer solchen eine den Umständen nach angemessene Frist maßgebend. Die Entscheidung, ob die Frist angemessen ist, unterliegt freiem richterlichen Ermessen. Der Lauf der Frist beginnt mit dem

---

[13]) RG. Bd. 33 S. 133, Bd. 35 S. 106 ff., Bd. 38 S. 188; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 540 Anm. 6.

[14]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 540 unten.

Augenblicke der Annahme der Schlußnote.[15]) Einer Mahnung bedarf es hierzu nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, und zwar auch dann nicht, wenn eine ortsübliche Frist nicht besteht. Makower,[16]) verlangt mit Unrecht eine Aufforderung beim Mangel einer ortsüblichen Frist. Nach Ablauf der vereinbarten bezw. der gesetzlichen Frist fällt die Gebundenheit der Partei von selbst fort. Der Ablehnung einer verspäteten Benennung bedarf es nicht. Für die Behauptung der Rechtzeitigkeit der Bezeichnung ist der Handelsmäkler beweispflichtig.

In Ermangelung einer gehörigen Bezeichnung eines Gegenkontrahenten haftet der Handelsmäkler selbst für die Erfüllung des in der Schlußnote beurkundeten Geschäftes. Benennt er also einen Gegenkontrahenten nicht rechtzeitig oder liegen gegen diesen begründete Einwendungen vor, so ist der Auftraggeber befugt, den Handelsmäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen.[17]) Es ist hervorzuheben, daß es sich hier lediglich um eine Befugnis der Partei handelt, wie sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Ein Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen. Der Handelsmäkler hat daher kein Recht, wie z. B. der Kommissionär,[18]) wohl aber unter Umständen die Pflicht, als Selbstkontrahent einzutreten.[19]) Er ist also ganz vom Willen des Auftraggebers abhängig, das Geschäft mit dem Mäkler abzuschließen oder davon Abstand zu nehmen. Der Auftraggeber muß dann dem Handelsmäkler für den Fall, daß er ihn in Anspruch nehmen will, eine dahin gehende Erklärung abgeben, die empfangsbedürftig und unwiderruflich ist. Der Handelsmäkler tritt dadurch an die Stelle der nachträglich zu benennenden Gegenpartei mit allen Rechten und Pflichten derselben.

Die Befugnis, den Handelsmäkler auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen, erlischt durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht der Partei. Eine Frist zur ausdrücklichen Erklärung

---

[15]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 541.
[16]) Makower Bd. 1 S. 264 Anm. 3.
[17]) § 95 Abs. 3 HGB.
[18]) § 400 HGB.
[19]) Denkschr. S. 76.

besteht nicht. Der Beweis dafür, daß die Partei stillschweigend verzichtet hat, wird oft schwer zu führen sein.

Im Schweigen allein wird durchgängig ein Verzicht nicht zu erblicken sein. Um zu verhindern, daß die Partei auf Kosten des Handelsmäklers spekuliert, gibt das Gesetz dem Handelsmäkler ein Mittel, um sich Klarheit über die Absichten seines Auftraggebers zu verschaffen. Dem Handelsmäkler ist nämlich das Recht eingeräumt, von der Partei eine Erklärung zu verlangen, ob sie Erfüllung fordere oder nicht; auch diese Erklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige. Erklärt sich die Partei nicht unverzüglich dahin, daß sie auf Erfüllung bestehe, so ist der hierauf gehende Anspruch gegen den Mäkler ausgeschlossen.[20])

Für diese Aufforderung ist keine Form vorgeschrieben und keine Frist bestimmt. Der Handelsmäkler kann daher jederzeit die Aufforderung ergehen lassen. Da der Zweck dieser gesetzlichen Bestimmungen darin liegt, die Unklarheit und Ungewißheit zu heben, so hat die Antwort der Partei unbedingt und bestimmt zu lauten.

Wird der Handelsmäkler als Gegenpartei in Anspruch genommen, so bleibt dies auf den zwischen ihm und dem Auftraggeber getätigten Mäklervertrag ohne Einfluß. Es gilt also das Geschäft als durch seine Vermittlung zustande gekommen, so daß er neben den Rechten aus dem Vertrage auch seinen Anspruch auf Mäklerlohn behält.

Die Bestimmungen des § 95 HGB. sind dispositiver Natur. Sie können demgemäß durch die Parteien beliebig abgeändert werden. So kann schon bei Zustellung der Schlußnote vereinbart werden, daß die Parteien den Handelsmäkler nicht auf Erfüllung in Anspruch nehmen dürfen, desgleichen können sich die Parteien dahin einigen, daß dem Handelsmäkler an Stelle der Verpflichtung ein Recht auf Selbsteintritt zustehen soll, oder daß er noch nach Ablauf der gesetzlichen Frist die Gegenpartei rechtswirksam benennen könne.

Bestritten ist, ob § 95 HGB. singulärer Natur ist. Von

---

[20]) § 95 Abs. 3 Satz 2 HGB.

Goldmann[21]) und Lehmann-Ring[22]) wird diese Ansicht vertreten. Sie halten deshalb die analoge Anwendung des § 95 HGB. auf die Fälle, in denen sich der Handelsmäkler ohne Ausstellung einer Schlußnote die spätere Bezeichnung des Gegenkontrahenten vorbehält, für unzulässig. Mit Recht führen Düringer-Hachenburg dagegen aus, daß die Rechtsfolgen des § 95 HGB. nicht an den Formalakt der Ausstellung des Schlußscheines, sondern an die besondere Art der Willenserklärung geknüpft seien. § 95 HGB. ist deshalb extensiv zu interpretieren,[23]) wie auch Staub[24]) richtig ausführt.

Verschieden von dem Fall des § 95 HGB. ist der Fall, in welchem der Handelsmäkler bei Übersendung der Schlußnote anzeigt, der Gegenkontrahent wolle nicht genannt sein. Will er überhaupt nicht genannt sein, so ist dies im Zweifel als ein an den Auftraggeber gerichtetes Anerbieten des Handelsmäklers anzusehen, das Geschäft im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung zu machen.[25])

Düringer-Hachenburg[26]) nehmen dies jedoch im Zweifel nicht als Absicht der Parteien an, sondern sehen darin, wenn die Partei die Erklärung annimmt, einen Abschluß mit einer objektiv gewissen, subjektiv ungewissen Person, für die der Handelsmäkler die Garantie übernehme. Bei zeitweiligem Ungenanntbleiben des Gegenkontrahenten wird jedoch die Rechtslage aus § 95 HGB. geschaffen, sobald nachträglich die Bezeichnung erfolgt.

---

[21]) Goldmann Bd. 1 S. 450.

[22]) Lehmann-Ring S. 209 Nr. 8.

[23]) RG. Bd. 24 S. 70, Bd. 38 S. 187; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 543; RG. Bd. 33 S. 131; OLG. Oldenburg bei Mugdan Bd. 7 S. 151.

[24]) Staub Bd. 1 S. 404 Anm. 6.

[25]) Behrend S. 377; vgl. auch Staub Bd. 1 S. 404 Anm. 7.

[26]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 543.

B. Öffentlichrechtliche Pflichten.

a) Pflichten als Kaufmann.

§ 9.

Der Handelsmäkler ist Kaufmann kraft seines Gewerbes. Als solcher ist er entweder sogen. Vollkaufmann[1]) oder, wenn sein Gewerbebetrieb nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht, Minderkaufmann.[2]) Als Vollkaufmann gelten für ihn die Vorschriften über Firma, Prokura, Handelsregister usw. Auch ist er zur Führung von Handelsbüchern und zur Aufstellung von Inventaren und Bilanzen verpflichtet. Als Minderkaufmann fallen jedoch diese Bestimmungen hinweg. Wohl aber trifft ihn sowohl als Voll- wie als Minderkaufmann die Verpflichtung zur Führung des Tagebuchs (auch Mäklerjournal genannt), das an dieser Stelle einer näheren Erörterung bedarf.

b) Das Tagebuch.

§ 10.

Der § 100 Abs. 1 Satz 1 HGB. legt dem Handelsmäkler die Verpflichtung auf, ein Tagebuch zu führen und in dieses alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen.

Das Tagebuch ist nicht mit den Handelsbüchern zu verwechseln; es dient dazu, um Aufschluß über die Geschäfte anderer Personen, der Parteien, zu geben. Die Handelsbücher dagegen enthalten die persönlichen Geschäfte des Handelsmäklers und sind deshalb geeignet, über seine Vermögenslage Auskunft zu geben. Das Tagebuch hat damit gar nichts zu tun.

Schon das ältere Recht verpflichtete zur Führung von Tagebüchern, eine Folge der amtlichen Stellung des Handelsmäklers.[1]) Nach Beseitigung des Instituts der amtlichen Handelsmäkler blieb diese Verpflichtung mit Recht bestehen, und mit nur geringen Abweichungen sind die Normen des alten Handelsgesetzbuchs

---

[1]) § 1 HGB.
[2]) § 4 HGB.
[1]) Art. 80 a. HGB.

bezüglich der Führung der Tagebücher vom neuen Handelsgesetzbuch übernommen. Mit Recht vertrat man die Ansicht, der Handelsmäkler müsse stets in der Lage sein, den Parteien, welchen er als Vermittler gedient habe, durch seine Buchführung ein Beweismittel für den Abschluß und die Bedingungen des vermittelten Geschäfts an die Hand geben zu können.[2])

Da die Pflicht zur Führung des Tagebuchs eine öffentlichrechtliche ist, so kann der Handelsmäkler von ihr nicht entbunden werden, auch können die Parteien in keinem Falle auf die Eintragung des abgeschlossenen Geschäfts verzichten, wie ihnen diese Möglichkeit bei der Ausstellung der Schlußnoten gegeben ist.

In das Tagebuch sind täglich alle durch die Vermittlung des Mäklers abgeschlossenen Geschäfte in zeitlicher Reihenfolge einzutragen, dazu gehören auch die aufschiebend und auflösend bedingten. Es sind lediglich die Abschlüsse einzutragen, nicht etwa spätere Veränderungen, es sei denn, daß auch diese durch Mäklertätigkeit zustande gekommen sind.

Die Eintragungen sollen für sich ein klares Bild des abgeschlossenen Geschäfts geben. Sie müssen daher inhaltlich mit den Angaben in den Schlußnoten übereinstimmen und haben das abgeschlossene Geschäft in allen wesentlichen Teilen wiederzugeben. Die Eintragung braucht nicht sofort nach erfolgtem Abschluß des Geschäfts zu erfolgen, es genügt, wenn die Eintragung noch am Tage des Geschäftsabschlusses geschieht, allerdings darf dabei das später geschlossene Geschäft nicht vor dem früher geschlossenen zu stehen kommen. Auch braucht diese nicht vom Handelsmäkler persönlich vorgenommen zu werden. Seine Pflicht ist es nur, sämtliche Einträge eines Tages persönlich zu unterschreiben. Stellvertretung bei der Unterschrift ist ausgeschlossen (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 3 HGB.). Bedient er sich bei der Eintragung eines Gehilfen, so ist er für dessen Verschulden haftbar.

Im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch, nach dem die Eintragungen in deutscher Sprache oder in der Geschäftssprache

---

[2]) Denkschr. S. 77.

des Orts erfolgen mußten,[3]) genügt es jetzt, wenn der Handelsmäkler sich einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen bedient. Das Tagebuch soll gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein. Eine behördliche Beglaubigung der Zahl der Blätter bezw. Seiten ist nur noch für das Tagebuch des Kursmäklers, nicht mehr, wie früher allgemein, für den Handelsmäkler vorgeschrieben.[4]) An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden, und der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittels Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radiert, auch dürfen nicht solche Veränderungen vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht sind.[5]) Verstöße gegen diese Vorschriften würden dem Zweck des Tagebuchs als eines sicheren Beweismittels, nämlich einer Urkunde, widersprechen. Zuwiderhandlungen können den Tatbestand einer Urkundenfälschung bilden. Für den Handelsmäkler besteht auch die weitere Pflicht, die Tagebücher zehn Jahre lang, gerechnet vom Tage der letzten darin vorgenommenen Eintragung, aufzubewahren.[6]) Diese Frist endigt nicht etwa schon, wenn der Handelsmäkler sein Gewerbe aufgibt, sondern dauert darüber hinaus. Stirbt der Handelsmäkler noch vor Ablauf der Frist, so geht diese Aufbewahrungspflicht auf seine Erben und Rechtsnachfolger über.

Eine Verletzung der über die Führung der Tagebücher bestehenden Vorschriften macht den Handelsmäkler nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern hat auch eine Geldstrafe bis zu 1000 Mk. zur Folge (vgl. § 103 HGB.).

Der Erbe des Handelsmäklers wird jedoch von dieser Strafbestimmung nicht getroffen, da diese die Mäklereigenschaft voraussetzt;[7]) es müßte denn sein, daß er das Gewerbe des Erblassers fortsetzt.

---

[3]) vgl. Art. 72 Abs. 2 a. HGB.
[4]) vgl. Art. 72 Abs. 2 a. HGB.
[5]) § 43 Abs. 2 HGB.
[6]) § 44 Abs. 1 HGB.
[7]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 552 Anm. 3.

Um den Parteien die Möglichkeit zu geben, von diesem wichtigen Beweismittel einen Gebrauch machen zu können, ist der Handelsmäkler nach dem Gesetz verpflichtet, den Parteien auf ihr Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche zu geben. Diese müssen von ihm unterzeichnet sein und alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäfts eingetragen ist.[8]) Beglaubigung ist auch hier nicht erforderlich. Dieses Recht auf Auszugserteilung, das eventuell auch im Klagewege verfolgt werden kann, steht nur den Parteien zu, nicht auch einem Dritten, selbst wenn er an dem Geschäfte interessiert ist. Ein Bedürfnis nach einem Auszug wird in der Regel nur dann vorliegen, wenn die Schlußnoten nicht übereinstimmen oder Schlußnoten überhaupt nicht ausgestellt worden sind. Die Partei hat aber auch nur das Recht, Auszüge zu verlangen. Sie kann insbesondere nicht beanspruchen, daß ihr der Handelsmäkler sein Tagebuch zur Einsicht vorlegt. Wollte der Handelsmäkler dies tun, so würde er dadurch gegenüber den übrigen Eingetragenen seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzen. Nur das Gericht hat das Vorrecht, die Vorlegung des ganzen Tagebuchs von Amts wegen zu verlangen. Dasselbe kann nämlich, wenn es dies für erforderlich hält, im Laufe eines Rechtsstreits auch ohne Antrag einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs anordnen, um es mit der Schlußnote, den vom Handelsmäkler der Partei erteilten Auszügen oder anderen Beweismitteln zu vergleichen,[9]) nicht jedoch um es als selbständiges Beweismittel in den Prozeß hineinzuziehen.[10])

---

[8]) § 100 HGB.
[9]) § 102 HGB.
[10]) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 215.

Drittes Kapitel.

Die Rechte des Handelsmäklers.

Der Mäklerlohn.

§ 11.

Gegenüber der großen Zahl von Pflichten, die dem Mäkler nach dem Gesetz auferlegt sind, ist die Zahl der ihm zustehenden Rechte nur als gering zu bezeichnen. An der Spitze steht das Recht auf Mäklerlohn. Der Auftraggeber verpflichtet sich im Mäklervertrage, den Mäklerlohn — im Handelsverkehr Provision, Courtage, Sensarie genannt — zu zahlen, wenn das zu vermittelnde Geschäft infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande kommt.

Das Handelsgesetzbuch gibt im Gegensatz zu dem alten Handelsgesetzbuch[1]) keine Auskunft, wann die dem Mäkler zustehende Vergütung verdient ist. Die Bestimmungen hierüber sind im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten, wo es in § 652 heißt:

> „Wer . . . für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag . . . infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt".

Erste Bedingung ist sonach, daß der Vertrag zustande gekommen ist. Der eingetretene Erfolg ist das Entscheidende. Nicht die Bemühungen des Mäklers um das Zustandekommen, sondern das erreichte Zustandekommen des Geschäfts soll bezahlt werden. Dieses hängt aber nicht von der erfolgreichen Vermittlertätigkeit des Mäklers ab, es liegt vielmehr im freien

[1]) Art. 82 a. HGB.

Belieben der Parteien, den Erfolg herbeizuführen oder hinauszuschieben. Wie es kein Mittel gibt, den Handelsmäkler zur Vermittlungstätigkeit zu zwingen, so hat dieser andrerseits kein Recht, wenn er tätig geworden ist, von den Parteien den Abschluß des von ihm vermittelten Geschäfts zu verlangen. Ohne jede Begründung können die Parteien das kurz vor dem Abschluß stehende Geschäft ablehnen. Auch steht dem Auftraggeber, wie an anderer Stelle betont worden ist, ein freies Recht zu, seinen Auftrag jederzeit zu widerrufen.[2]) Hat sich der Handelsmäkler noch so angestrengt, um den Erfolg herbeizuführen, seine Bemühungen sind in solchem Falle vergeblich gewesen, von einem Anspruch auf Provision kann keine Rede sein.[3])

Allerdings sind dabei etwa getroffene abweichende Parteivereinbarungen zu beachten. Der Anspruch auf Zahlung besteht selbst dann, wenn durch Vereinbarung auch für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages dem Mäkler eine Entschädigung versprochen ist. Dies ist vor allem der Fall, wenn der Auftraggeber das Geschäft für eine bestimmte Zeit „fest an die Hand gibt". Hier verpflichtet sich der Auftraggeber, bis zu einem bestimmten Zeitpunkte von seinem Widerrufsrechte keinen Gebrauch zu machen oder andernfalls den Mäklerlohn zu zahlen, wobei aber immer vorausgesetzt ist, daß das Geschäft durch anderweite Vermittlungstätigkeit eines Mäklers zum Abschluß gekommen ist. Der Handelsmäkler kann sich auch „Honorar auf alle Fälle" versprechen lassen. Im Zweifel ist hier anzunehmen, daß Provision auch dann gezahlt werden soll, wenn das Geschäft nicht zustande kommt. Denn dann wird nach dem Willen der Partei das Hauptgewicht auf die Tätigkeit des Handelsmäklers und vor allem darauf gelegt, daß er diejenige Tätigkeit, die gewöhnlich zum Vertragsschlusse führt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausübt. Es liegt mithin kein reiner Mäklervertrag vor, es sind vielmehr die Vorschriften des Dienstvertrages heranzuziehen.

---

[2]) Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 535; ROHG. Bd. 11 S. 200; RG. bei Bolze Bd. 1 Nr. 972, Bd. 2 S. 921.

[3]) And. M. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 550 Anm. 6.

Der von Staub[4]) vertretenen Ansicht, daß auch für diesen Fall das Zustandekommen des Geschäfts als selbstverständliche Voraussetzung für die Entstehung des Lohnanspruches des Mäklers zu präsumieren sei, es müßte denn Lohn für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages versprochen sein, können wir nicht beipflichten.

Für eine abweichende Parteivereinbarung hinsichtlich des Lohnanspruches ist der Handelsmäkler beweispflichtig.

Der zustande gekommene Vertrag muß nicht nur formell, sondern auch materiell gültig sein. Hinsichtlich der Formalität gilt folgendes:

Ist vom Gesetz die Erfüllung einer bestimmten Form vorgeschrieben, so muß diese gewahrt sein. Wahrung der Form ist sogar auch dann erforderlich, wenn das Gesetz für den vorliegenden Vertrag keine bestimmte Form vorschreibt, die Parteien aber hierüber abweichende Vereinbarungen getroffen haben. Nach § 154 BGB. ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, solange der vereinbarten Form nicht genügt ist. Wird jedoch von beiden Vertragsteilen erfüllt, so tritt Heilung des Formmangels ein und die Provision ist trotzdem zu zahlen.[5]) Die Rechtsgültigkeit des Vertrages ist von der Anschauung der Parteien unabhängig, der Mäklerlohn ist verdient, auch wenn die Parteien irrtümlich annehmen, daß ein rechtsgültiger Vertrag nicht zustande gekommen ist, andererseits ist kein Anspruch darauf entstanden, wenn die Parteien den Vertrag für gültig halten, ohne daß er es in Wahrheit ist.

Bei der Voraussetzung der materiellen Gültigkeit des Vertrages ist zwischen nichtigen und anfechtbaren Verträgen zu unterscheiden. Verstößt der Vertrag z. B. gegen die guten Sitten, so ist er nichtig (Verkauf eines Bordells, Beschaffung von Titeln, Orden, Doktor- und Adelsdiplomen). Ein nichtiger Vertrag aber kann niemals einen rechtswirksamen Anspruch auf Mäklerlohn begründen, denn derselbe vermag überhaupt keine Rechte zu erzeugen. Ist dagegen der Vertrag z. B. wegen Be-

---

[4]) Staub Bd. 1 S. 387 Anm. 17; Bolze Bd. 16 Nr. 358.

[5]) RG. Bd. 29 S. 230, 232; Staub Bd. 1 S. 388 Anm. 21.

trugs oder Irrtums anfechtbar, so besteht der Lohnanspruch so lange, bis die Anfechtung erfolgt.[6]) Wird von dem Anfechtungsrechte mit Erfolg Gebrauch gemacht, so ist der Vertrag von Anfang an als nichtig anzusehen.[7]) Der Lohnanspruch entfällt sonach. Bereits gezahlte Provision kann nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.[8]) Verzicht auf das Anfechtungsrecht ist zulässig. Diejenige Partei, deren Verhalten den Anfechtungsgrund gegeben hat, kann dem Handelsmäkler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten, denn Berufung auf eigene Arglist widerspricht den guten Sitten.[9])

Es ist nicht erforderlich, daß das abgeschlossene Geschäft tatsächlich zur Ausführung gekommen ist. Das Gesetz verlangt nur den Abschluß des Vertrages. Der Handelsmäkler hat das Recht, seine Provision auch dann zu beanspruchen, wenn nach vollzogenem Abschluß, aber vor erfolgter Erfüllung eine der Parteien von einem ihr zustehenden Rücktrittsrecht Gebrauch macht,[10]) oder wenn die Ausführung des Vertrages aus einem anderen Grunde unterbleibt.[11]) Der Anspruch auf Provision ist jedoch auch hier ausgeschlossen, wenn eine Partei wegen Zahlungsunfähigkeit des Gegenkontrahenten, die der Mäkler gekannt, aber verschwiegen hat, vom Vertrage zurücktritt. In diesem Falle ist die Aufhebung des Vertrags auf ein Verschulden des Handelsmäklers zurückzuführen.

Bei der Vermittlung eines Darlehns ist es streitig, ob der Mäklerlohn schon verlangt werden kann, wenn das pactum de mutuo dando geschlossen ist, oder erst, wenn das Darlehn ausgezahlt ist. Der Regel nach müßte auch hier die Provision mit dem Abschluß des Vertrages verdient sein. Da jedoch die Absicht des Auftraggebers nicht die war, einen Vertrag abzuschließen, sondern eine bestimmte Geldsumme zu erhalten, so

---

[6]) Planck § 652 Nr. 3c S. 634; Staub Bd. 1 S. 388 Anm. 20.

[7]) § 142 BGB.

[8]) §§ 812ff. BGB.

[9]) So Staub Bd. 1 S. 388 Anm. 22; Jacusiel Bd. 2 S. 31.

[10]) Seuffert Bd. 40 S. 26.

[11]) Staub Bd. 1 S. 389 Anm. 26; RG. Bd. 25 S. 319; Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 514.

wird man hier die Hingabe der Darlehnsvaluta als zum Abschluß gehörig rechnen müssen und erst nach erfolgter Hingabe die Provision zuerkennen.[12])

Eine weitere Frage entsteht, ob der Anspruch auf Mäklerlohn auch dann begründet ist, wenn das vermittelte Geschäft unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung abgeschlossen ist. Ist es unter aufschiebender Bedingung eingegangen, so ist nach § 652 BGB. der Anspruch auf Mäklerlohn erst nach Eintritt der Bedingung begründet. Während der sogen. Schwebezeit des Geschäfts kann dem Mäkler kein Anspruch auf Provision zugebilligt werden. Verhindert der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung arglistig, so muß er sie nach § 162 BGB. gegen sich als eingetreten gelten lassen. Staub[13]) sagt mit Recht, der Mäkler kann die Provision auch dann beanspruchen, wenn der Kommittent wider Treu und Glauben, nur um seine Verpflichtung zur Zahlung zu beseitigen, den Eintritt der Bedingung vereitelt hat. Ist das Geschäft unter auflösender Bedingung eingegangen, so gestaltet sich die Frage, ob der Lohnanspruch des Mäklers begründet ist oder nicht, etwas schwieriger. Das auflösend bedingte Rechtsgeschäft wird mit dem Augenblicke des Abschlusses rechtswirksam. Die Provision ist deshalb auch sofort fällig. Tritt jedoch die auflösende Bedingung erst später ein, so kommt auch der Provisionsanspruch in Wegfall und der bereits erhaltene Lohn ist zurückzuzahlen. Der frühere Rechtszustand ist wiederherzustellen. Weigert sich der Mäkler, die erhaltene Provision zurückzuzahlen, so wird er gegen sich die Bereicherungsklage[14]) gelten lassen müssen. Klagt er selbst auf Zahlung, so steht seiner Klage eine Einrede entgegen.[15])

Die Fälligkeit des Mäklerlohnes bedingt auch, daß das vermittelte Geschäft mit dem abgeschlossenen identisch ist. Vermittlertätigkeit und Vertragsabschluß müssen im Kausalzusammen-

---

[12]) RG. Bd. 39 S. 231; Cosack Bd. 1 S. 248; Staub Bd. 1 S. 389 Anm. 27; and. M. Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 549 Anm. 5.

[13]) Staub Bd. 1 S. 390 Anm. 30.

[14]) §§ 812 ff. BGB.

[15]) So Lehmann-Ring S. 212; and. M. dagegen Düringer-Hachenburg S. 549.

hange stehen; der Abschluß muß die vermittelnde Tätigkeit des Mäklers beschließen. Letztere besteht gewöhnlich darin, die Parteien geneigt zu machen, einen für beide Teile annehmbaren Vertrag einzugehen, Bedenken beiseite räumen usw. Es besteht jedoch keine bindende Norm dafür, welches Maß von Tätigkeit der Handelsmäkler zu entfalten hat. Hierüber ist vielmehr von Fall zu Fall zu entscheiden.

Keineswegs ist erforderlich, daß der Handelsmäkler bei dem Vertragsabschlusse zugegen war und auch hierbei eine Tätigkeit entwickelte. Wie schon erwähnt, bildet die Tatsache die Grundlage seines Anspruchs, daß der Abschluß auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist. Der Handelsmäkler ist für diese Tatsache beweispflichtig. Es genügt nicht, wie das Reichsgericht[16]) betont, wenn der Handelsmäkler seine Bemühungen und das Zustandekommen des Geschäfts nachweist, da es keinen Rechtssatz gibt, wonach ein Kausalzusammenhang zwischen beiden zu präsumieren wäre.

Auch ist nicht mehr wie früher[17]) erforderlich, daß der Handelsmäkler die Vermittlertätigkeit in Person geleistet hat. Die Verwendung von Hilfspersonen als Organe ist nicht ausgeschlossen. Diese müssen aber erkennen lassen, daß ihre Tätigkeit für den Handelsmäkler geschieht.

Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob der Provisionsanspruch begründet ist, wenn nach der Anbahnung des Geschäfts die Verhandlungen sich zerschlagen oder die Parteien ihren Auftrag widerrufen haben, später aber die Verhandlungen von den Parteien unter Umgehung und ohne Mitwirkung des Handelsmäklers wieder aufgenommen werden und die Parteien unter sich, um die Provision zu sparen, den vom Handelsmäkler genügend vorbereiteten Vertrag abschließen.

Die hierüber getroffenen Entscheidungen gehen weit auseinander. Einzelne Schriftsteller wollen bei dolus den Parteien, d. h. wenn diese in der Absicht, dem Handelsmäkler die ver-

---

[16]) s. Bolze Bd. 9 Nr. 741; RG. v. 25. 6. 1907; and. M. Staub Bd. 1 S. 390 Anm. 31.

[17]) Art. 69 a. HGB.

diente Provision zu entziehen, widerrufen, diesem wegen der dolosen Umgehung die Provision zubilligen.[18])

Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. Denn der Mäklervertrag gewährt den Parteien hinsichtlich ihrer Entschließungen vollkommenste Freiheit. Wie wir früher ausgeführt haben, steht den Parteien das Recht zu, ihre Aufträge zu widerrufen. In dem Gebrauche der ihnen gewährten Rechte kann aber unmöglich ein dolus gefunden werden. Die Entscheidung hängt auch in diesem Falle von der Frage ab, ob die Tätigkeit des Handelsmäklers mit dem Vertragsabschluß in ursächlichem Zusammenhange steht.[19]) Es ist zwar naheliegend, hier den Kausalnexus zu verneinen, da man zumeist nicht annehmen kann, daß die vorbereitende Tätigkeit des Handelsmäklers noch so lange fortgewirkt hat. Man wird aber doch von Fall zu Fall zu entscheiden haben und bisweilen einen Kausalzusammenhang nicht leugnen können. Ein solcher ist z. B. zweifellos vorhanden, wenn die Parteien auf Grund der bisherigen Tätigkeit des Handelsmäklers schon damals auch ohne Inanspruchnahme der weiteren Dienste des Handelsmäklers befähigt und gewillt waren, das Geschäft abzuschließen. Die Provision ist in solchem Falle verdient.[20]) Fehlt ein Kausalnexus, so kann eventuell nur ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen geltend gemacht werden.[21])

Bei dem Vertragsschlusse müssen sich die Parteien aber auch bewußt sein, daß sie einen Vertrag schließen, der im Kausalzusammenhang mit der Tätigkeit des Handelsmäklers steht. Ohne diese Erkenntnis würde auch der animus obligandi fehlen, der die Voraussetzung eines gültigen Mäklervertrags ist. Es ist deshalb Pflicht des Handelsmäklers, die Parteien auf diesen Umstand aufmerksam zu machen, sonst ist sein Provisionsanspruch nicht begründet.[22])

---

[18]) Behrend S. 416; Rocholl in Gruchots Beitr. Bd. 20 S. 407.

[19]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 550 Anm. 6; s. auch Mot. Bd. 2 S. 512 ff.

[20]) Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 541.

[21]) §§ 823 ff. BGB.

[22]) RG. Bd. 31 S. 289.

Daß der Handelsmäkler bei Schlußnotenzwang die Provision nicht eher verlangen kann, als bis er die Schlußnoten zugestellt hat, ist selbstverständlich.[23]) Der Handelsmäkler ist der zur Vorleistung verpflichtete Teil und kann die Gegenleistung nicht eher beanspruchen, als bis er die ihm obliegenden Verpflichtungen, wozu auch die Zustellung der Schlußnoten gehört, erfüllt hat. Kraft Gesetzes gehört zu seinen Verpflichtungen die Urkundenpflicht. Solange er also die Schlußzettel noch nicht zugestellt hat, steht seinem Lohnanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen.[24])

Fortsetzung: Die Höhe des Mäklerlohnes.

§ 12.

Über die Höhe der zu zahlenden Vergütung entscheidet in erster Linie die Parteivereinbarung. In der Regel wird ein gewisser Prozentsatz des zu erlangenden Kaufpreises gestellt, wenn es sich um einen Warenumsatz handelt. Es kann aber auch eine bestimmte Summe versprochen werden. Fehlt es an einer besonderen Abrede, so ist beim Bestehen einer Taxe der taxmäßige, sonst der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.[1]) Bei der Üblichkeit kann entweder ein Ortsgebrauch oder ein für die betreffende Branche allgemein geltender Handelsbrauch in Frage kommen,[2]) wie das gleiche auch gilt, wenn nichts darüber vereinbart worden ist, ob überhaupt eine Provision gezahlt werden soll. Besteht eine Taxe und bestimmt diese einen Mindest- oder Höchstbetrag, so kommt dieselbe auch dann nicht zur Anwendung, wenn der vereinbarte Lohn hinter dem taxmäßigen zurückbleibt oder darüber hinausgeht. Er muß aber zu dem vermittelten Geschäfte in einem erlaubten Verhältnisse stehen.

Wie bereits erwähnt, ist es nicht erforderlich, daß eine Vereinbarung darüber getroffen wird, ob überhaupt eine Provision

---

[23]) Denkschr. S. 77; Staub Bd. 1 S. 406 Anm. 2.
[24]) § 320 BGB.
[1]) § 653 BGB.
[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 550 Anm. 7.

gezahlt werden soll. Beim Fehlen besonderer Vereinbarung hierüber ist damit noch nicht gesagt, daß die vermittelnde Tätigkeit unbelohnt bleiben soll. Das Provisionsversprechen kann auch stillschweigend geschehen,[3]) deshalb kann derjenige, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem andern Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, Provision, auch ohne besondere Abrede hierüber, verlangen.[4]) Es folgt daraus, daß für den Handelsmäkler, der begriffsmäßig die Vermittlung als Gewerbe betreibt, unter den sonstigen Voraussetzungen stets ein Provisionsanspruch begründet ist.

Die Höhe bestimmt sich auch in diesem Falle nach der etwa bestehenden Taxe oder der Ortsüblichkeit.

Die vereinbarte Provision kann bisweilen die übliche weit überschreiten, ohne etwa wucherisch zu sein. Es gibt hiergegen keine Abhilfe, denn es gibt im allgemeinen kein richterliches Ermäßigungsrecht. Nur für den Fall, daß es sich um die Vermittlung eines Dienstvertrages handelt, der als Gegenstand des Handelsverkehrs anzusehen ist, kann ein richterliches Ermäßigungsrecht Platz greifen. Hier kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Ermäßigung eines zu hohen Mäklerlohnes[5]) auch für den Handelsmäkler in Anwendung.

Die Mäklergebühr kann in diesem Falle auf Antrag des Betroffenen herabgesetzt werden. Die Herabsetzung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Lohn einmal entrichtet ist.

Der Auftraggeber braucht die vereinbarte oder übliche Gebühr nicht zu bezahlen, wenn er vor Beendigung der Mäklertätigkeit dem Handelsmäkler erklärt, daß er einen geringeren Lohn zahlen wolle.[6])

Die Provision erhöht sich um einen Zuschlag, wenn der Handelsmäkler eine Delkrederehaftung übernommen hat, d. h. wenn er sich dem Auftraggeber gegenüber dafür verbürgt, daß der von ihm bezeichnete Gegenkontrahent den Vertrag erfüllt.

---

[3]) § 653 BGB.
[4]) § 354 HGB.
[5]) § 655 BGB.
[6]) RG. bei Bolze Bd. 17 Nr. 376.

Die Delkrederehaftung, die beim Kommissionär Regel ist, ist beim Handelsmäkler Ausnahme, da sie nicht seiner Stellung als Vermittler entspricht. Nach dem Reichsbörsengesetz ist den Kursmäklern die Delkrederehaftung verboten. Hat der Handelsmäkler das Delkredere für die Erfüllung des Vertrags seitens des Gegenkontrahenten übernommen, so steht ihm die Delkredereprovision nur zu, wenn auf seiner Seite ein wirkliches Risiko vorliegt. Von der Höhe der Delkredereprovision gilt dasselbe wie von der gewöhnlichen Provision.

Fortsetzung: Die Zahlung des Mäklerlohnes.

§ 13.

Es erübrigt sich noch die Frage, von wem der Handelsmäkler die Provision zu beanspruchen hat. § 99 HGB. bestimmt:

> „Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer den Mäklerlohn bezahlen soll, so ist er in Ermanglung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten".

Auch hier kommt sonach in erster Linie die Parteivereinbarung, in zweiter Linie die Üblichkeit in Betracht. Erst beim Fehlen dieser beiden Punkte ist der Mäklerlohn von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten. Es ist dies eine Folge davon, daß der Handelsmäkler, anders als der Zivilmäkler, grundsätzlich zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis tritt.

Der Zivilmäkler tritt regelmäßig nur zu seinem Auftraggeber in ein Dienstverhältnis und kann daher auch nur von diesem seinen Lohn fordern.

Fällt also der Handelsmäkler bei der einen Partei mit seiner Forderung zur Hälfte aus, so kann er die andere Partei nur auf die übrige Hälfte, nicht etwa auf das Ganze, in Anspruch nehmen.

Ausnahmsweise können aber auch andere Bestimmungen für die Zahlung der Provision getroffen werden, ohne daß hierzu eine besondere Form erforderlich ist. Es kann hiernach insbesondere auch vereinbart werden, daß der Handelsmäkler sich die Interessenvertretung von nur einer Partei angelegen sein

lasse, und daß diese Partei die ganze Provision zahlen solle. Der Handelsmäkler verliert deshalb nicht seine Eigenschaft als solcher, er verliert nur mit dem Wegfall der für beide Parteien gleichmäßigen Dienstleistung auch den Anspruch auf gleichmäßige Lohnzahlung von seiten der Parteien.

Bei Zahlungsunfähigkeit der einen Partei ist dem Handelsmäkler nicht das Recht gegeben, sich hinsichtlich des ausgefallenen Betrages an die andere, zahlungsfähige Partei zu halten. Der Handelsmäkler hat diesen Schaden selbst zu tragen.[1]) Stehen auf einer Seite mehrere Personen, so haften sie dem Handelsmäkler als Gesamtschuldner.[2])

Die Zahlungspflicht nach gesetzlichen Bestimmungen tritt also, wie erwähnt, nur dann ein, wenn weder eine Vereinbarung noch ein abweichender Orts- bezw. Handelsbrauch besteht.

Die Vereinbarung über die Lohnzahlung hat normalerweise zwischen dem Handelsmäkler und den Parteien zu erfolgen. Wenn es nun vorkommt, daß sich die Parteien untereinander ohne Zuziehung und Wissen des Handelsmäklers dahin geeinigt haben, daß nur die eine die Provision zahlen soll, so stehen dem Handelsmäkler zwei Wege offen. Er kann sich entweder nachträglich mit dieser Vereinbarung einverstanden erklären oder ihr widersprechen. Letzterenfalls ist er mangels Orts- oder Handelsbrauchs befugt, von jeder Partei die ihm zukommende Hälfte zu beanspruchen. Es bleibt der Partei, die zufolge Abmachung von der Zahlung befreit sein sollte, unbenommen, von der anderen vereinbarungsgemäß zur Zahlung verpflichteten Partei den von ihr gezahlten Betrag zurückzufordern. § 99 HGB. gilt nur zwischen Mäkler und Parteien.

Sehr bestritten ist es, ob § 99 HGB. auch zur Anwendung kommt, wenn der Handelsmäkler als Selbstkontrahent in das vermittelte Geschäft eintritt. Daß er auch in diesem Falle Provision beanspruchen kann, ist nicht zu bezweifeln, denn der Partei soll daraus, daß er selbst erfüllt, kein Profit erwachsen. Fraglich ist nur, ob er den ganzen oder nach § 99 HGB. nur

[1]) Lehmann-Ring S. 212 Nr. 2 § 99; Goldmann Bd. 1 S. 456; Riesenfeld bei Gruchot Bd. 37 S. 548.

[2]) § 427 BGB.

den halben Mäklerlohn zu verlangen hat. Nach unserer Ansicht ist er berechtigt, den ganzen Lohn zu fordern.[3]) Da § 99 HGB. nicht absolute Bestimmungen enthält, sondern nur gilt, wenn der Handelsmäkler mit beiden Parteien Verträge abgeschlossen hat, und er mit sich selbst einen solchen nicht abschließen kann, so folgt, daß der Handelsmäkler von der Partei den gesamten versprochenen Lohn beanspruchen kann.

Der Mäklerlohn ist mangels abweichender Vereinbarungen am Wohnsitze oder am Orte der Handelsniederlassung der zur Zahlung verpflichteten Partei zu entrichten.

Schluß: Einbuße des Mäklerlohnes bei Interessenkollision.

§ 14.

Wie wir im vorigen Paragraphen ausgeführt haben, ist der Anspruch des Handelsmäklers auf Provision erst dann begründet, wenn die vom Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen vorhanden sind. Der Handelsmäkler kann seinen Lohn erst nach Erfüllung der ihm auferlegten Pflichten fordern. Das Gesetz hebt noch einen speziellen Fall von Pflichtverletzung hervor, bei dessen Vorliegen der Handelsmäkler seine Provision einbüßen soll.

§ 654 BGB. bestimmt:

> „Der Anspruch auf den Mäklerlohn und der Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist".

Diese gesetzliche Bestimmung gilt nicht nur für den Zivilmäkler des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern sie ist auch für den Handelsmäkler anzuwenden. Staub[1]) ist gegenteiliger Meinung, und zwar begründet er seine Ansicht damit, weil es beim handelsrechtlichen Mäklervertrage nicht dem Inhalte des Vertrages zuwider wäre, für beide Teile tätig zu sein. Unsere Ansicht geht dahin, daß § 654 BGB. gar keine Stellung zu der

---

[3]) Lehmann-Ring S. 213ff.; Staub Bd. 1 S. 404.

[1]) Staub Bd. 1 S. 406 Anm. 3.

Frage nehmen will, welche Rolle der Mäkler beim zivilrechtlichen Mäklervertrage zu spielen hat. Es erkennt vielmehr im Gegenteil die Zulässigkeit einer Doppeltätigkeit an und verbietet lediglich die unredliche und vertragswidrige Doppeltätigkeit. Seiner Anwendung auch für das Handelsrecht steht also nichts entgegen.

Nach der Natur der Sache wird der Handelsmäkler zumeist mit beiden Parteien abgeschlossen haben. Die Folge davon ist, daß er auch für beide Parteien tätig sein wird. Denn der Handelsmäkler soll eine unparteiische Stellung gegenüber den Parteien einnehmen und zwischen ihnen ausgleichend wirken. In der Tatsache allein, daß er sich auch von der anderen Partei einen Auftrag erteilen und sich von jeder Partei eine Vergütung versprechen läßt, liegt noch keine Parteibegünstigung oder Verletzung der Treupflicht.[2])

Wie bereits an anderer Stelle betont worden ist, hatte sich das alte preuß. Obertribunal allerdings hierfür ausgesprochen, weil die Parteien stets entgegengesetzte Interessen verfolgten.[3]) Man gelangte aber doch nach und nach zu der richtigen Ansicht, daß die Übernahme eines Auftrags von beiden Parteien noch keine Verletzung der Treupflicht sei, da ja der Handelsmäkler bei Ausführung seiner Aufträge die Interessen beider Parteien zu wahren habe.

Liegt der Sachverhalt allerdings derartig, daß die Ausführung des zweiten Auftrags nur mit einer Verletzung der Interessen des ersten Auftraggebers vorgenommen werden kann, und nimmt der Handelsmäkler, seine Rolle als unparteiischer Vermittler aufgebend, den Auftrag an, so macht er sich einer Verletzung des Vertragsinhalts schuldig und büßt damit auch seine Provision ein.

Wann das Vorliegen einer Interessenkollision gegeben ist, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Vor allem macht sich eine genaue Prüfung des Vertragsinhalts nötig.

Verlangt der Handelsmäkler trotz Vorliegens kollidierender Interessen Provision, so kann ihm die in Anspruch genommene

---

[2]) vgl. § 5.

[3]) Bolze Bd. 10 Nr. 415.

Partei die Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegenhalten, die davon vollständig unabhängig ist, ob der Partei durch die Pflichtverletzung ein Schaden erwachsen ist. Es genügt, daß der Handelsmäkler „dem Inhalt des Vertrags zuwider" gehandelt hat. Jedoch ist ein Verzicht auf die entsprechende Einrede darin zu erblicken, daß die Gegenpartei in Kenntnis der Tatsache, daß der Handelsmäkler schon von der anderen Partei beauftragt war und die Provision versprochen erhalten hatte, trotzdem auch ihrerseits eine Provision verspricht.[4])

Das Gericht kann „aus dem Inhalte des Vertrags" dem Mäkler die Provision nicht absprechen, wenn der Beklagte die Einrede nicht geltend macht, selbst wenn es die Bedingungen des § 654 BGB. als vorliegend erachtet.[5]) Es wird mehrfach die Ansicht vertreten, daß in der vertragswidrigen Doppeltätigkeit des Handelsmäklers ein ipso jure wirkender Ausschließungsgrund liege, weil das Gesetz selbst sagt, die Provision sei „ausgeschlossen". Staub[6]) bezeichnet jedoch mit Recht diese Ausdrucksweise als eine nicht beabsichtigte Schärfe.

Die Provisionsansprüche des Handelsmäklers unterliegen einer kurzen Verjährung. Sie beträgt, je nachdem die Partei, für die vermittelt wird, Kaufmann ist oder nicht, zwei bezw. vier Jahre und beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch auf Mäklerlohn entstanden ist.[7])

Die Auslagen.

§ 15.

Will der Handelsmäkler in seiner Vermittlungstätigkeit Erfolg haben, so wird er in der Regel genötigt sein, Aufwendungen verschiedenster Art zu machen. Neben Auslagen für Porti, Telegramme, neben Telephongesprächen und baren Vorschüssen werden ihm häufig große Kosten und Reisen erwachsen, die im Interesse der Parteien erforderlich sind. Während der Handlungsagent grundsätzlich für alle Auslagen und Kosten, die nicht im

[4]) RG. Bd. 4 S. 224.
[5]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 549.
[6]) Staub Bd. 1 S. 393 Anm. 35.

regelmäßigen Geschäftsbetriebe entstanden sind, Ersatz verlangen kann,[1]) ist der Handelsmäkler in diesem Punkte wesentlich schlechter gestellt. Das Handelsgesetzbuch trifft keine Bestimmung darüber, ob er Ersatz für seine Auslagen verlangen kann. Man muß deshalb wieder das Bürgerliche Gesetzbuch zu Hilfe nehmen. Schon vor dessen Inkrafttreten war man darüber einig, daß der Mäkler, falls der Vertrag zustande kam, kein Recht auf Ersatz seiner Aufwendungen hätte, da er ja durch seine Provision gedeckt würde, über deren Höhe er mit den Parteien beliebige Vereinbarungen treffen könne. Streitig dagegen war, ob die Auslagen auch im Falle des Nichtzustandekommens des Geschäfts nicht zu ersetzen waren.

Rocholl[2]) und Kuhn[3]) billigten dem Mäkler auch bei Nichtzustandekommen des Geschäfts einen Anspruch auf Ersatz zweckmäßiger Aufwendungen zu, während andere wieder, wie z. B. Dernburg,[4]) die gegenteilige Ansicht vertreten. Die 1. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch ging von der Ansicht aus, daß wegen der Verschiedenheit der einzelnen Fälle, und da nicht selten zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Auslagen unterschieden werden müsse, eine allgemeine Regelung ausgeschlossen sei. Die 2. Kommission ordnete dann im § 652 BGB. an:

> „Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist; dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt".

Danach sind dem Mäkler Aufwendungen regelmäßig nicht zu ersetzen, gleichgültig ob der zu vermittelnde Vertrag zustande kommt oder nicht. Gelangt der Vertrag zum Abschlusse, so wird der Mäkler durch die erhaltene Provision zumeist gedeckt. Sie ist demgemäß so zu berechnen, daß sie die Auslagen mit in sich schließt und außerdem noch einen Gewinn für den Mäkler abwirft. Kommt es zu keinem Vertragsabschlusse, so hat er vielleicht Summen zugesetzt.

---

[1]) § 90 HGB.

[2]) Rocholl in Gruchots Beitr. Bd. 20 S. 407.

[3]) Kuhn im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6 S. 239 Anm. 33.

[4]) Dernburg Bd. 2, 2 S. 487.

Der Handelsmäkler kann sich aber gegen diese Gefahr schützen. Es ist ihm freigestellt, sich den Ersatz der Auslagen meist in Gestalt eines Fixums für jeden Fall, auch beim Nichtzustandekommen des Vertrags besonders versprechen zu lassen.[5]) Die Aufwendungen sind ihm also zu ersetzen, wenn es zwischen ihm und dem anderen Kontrahenten des Mäklervertrags so vereinbart worden ist. In der Praxis dürfte es wohl auch kaum vorkommen, daß es der Mäkler versäumt, sich die Rückerstattung seiner Auslagen im voraus versprechen zu lassen. Denn er wird sich davor zu wahren suchen, neben dem Entgang erhofften Gewinns eventuell aus seinen Mitteln zulegen zu müssen. Durch eine solche Vereinbarung wird an dem Wesen des Mäklervertrags nichts geändert; denn in dem Ersatz liegt noch keine Bezahlung nutzlos aufgewendeter Dienste. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich der Mäkler für den Fall erfolgloser Tätigkeit eine Entschädigung für gehabte Bemühungen versprechen läßt. Hier würde allerdings ein Dienstvertrag vorliegen.

Wenn Cosack[6]) dem Handelsmäkler dasselbe Recht einräumt wie dem Handlungsagenten, so ist dem nicht beizupflichten. Nach Cosacks Ansicht kann der Handelsmäkler Ersatz seiner Aufwendungen für alle Kosten und Auslagen, die nicht im regelmäßigen Geschäftsbetriebe entstanden sind, vom Standpunkte ungerechtfertigter Bereicherung oder auftragloser Geschäftsführung aus verlangen. Ein solcher Anspruch ist aber nur gegeben, wenn die Aufwendungen außerhalb der Vermittlungstätigkeit, also nur bei Gelegenheit derselben geschehen. Für Aufwendungen, die innerhalb des Geschäftsbetriebes, d. h. der Vermittlungstätigkeit, mögen sie regelmäßig oder unregelmäßig sein, entstanden sind, kann der Mäkler niemals Ersatz fordern.[7])

Die zu ersetzenden Aufwendungen sind vom Tage der Aufwendung an zu verzinsen.[8]) Sind andere Gegenstände als Geld

---

[5]) § 652 Abs. 2 BGB.

[6]) Cosack § 45 S. 208.

[7]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 551 Anm. 9; Staub Bd. 1 S. 386 Anm. 15.

[8]) § 256 BGB.

aufgewendet worden, so kann der Handelsmäkler Verzinsung für den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Geldbetrag fordern. Geht der Handelsmäkler zum Zwecke der Vermittlung eine Verbindlichkeit ein, so kann er Befreiung davon, oder bei Nichtfälligkeit der Verbindlichkeit Sicherheitsleistung verlangen.[9])

---

[9]) §§ 257, 232 ff. BGB.

Viertes Kapitel.

Anhang: Der Krämermäkler.

§ 16.

An letzter Stelle sei noch ein kurzes Wort über die Rechte und Pflichten einer besonderen Gattung von Handelsmäklern gesagt, für die das Gesetz im letzten Paragraphen des Abschnittes über die Handelsmäkler[1]) einige Ausnahmerechtssätze aufgestellt hat.

Man pflegt sie allgemein mit dem Namen „Krämermäkler" zu bezeichnen und hat darunter Personen zu verstehen, die die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgen.

Ihre Rechte und Pflichten sind im allgemeinen dieselben wie die der übrigen Handelsmäkler. Sie sind wie diese zur Sorgfalt und Probenaufbewahrung verpflichtet, dagegen finden die Vorschriften über die Tagebücher und Schlußnoten bei ihnen keine Anwendung. Der Krämermäkler ist ebenfalls Kaufmann kraft seines Gewerbes. Er kann sowohl Voll- als Minderkaufmann sein, je nach dem Umfang seines Gewerbes. Obwohl er die Vermittlung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgt, kann sein Geschäft einen Großbetrieb darstellen, demzufolge er als Vollkaufmann zu gelten hat. Als solcher hat er die vorgeschriebenen Handelsbücher zu führen, während er von der Tagebuchführung befreit ist. Als Minderkaufmann entfällt für ihn neben der Verpflichtung zur Schlußnotenausfüllung auch jede Verpflichtung zur Führung von Tagebüchern.

---

[1]) § 104 HGB.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.